

Freiheitsberaubung aus Fürsorge

- Eine Untersuchung über die Strafbarkeit von Fixierungen und anderen freiheitsentziehenden
Maßnahmen in Einrichtungen der Altenpflege gemäß § 239 I StGB -

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Doktorgrades
des Fachbereiches Rechtswissenschaft
der Justus-Liebig-Universität Gießen

vorgelegt von

Christian W. Schmidt
aus Gießen

Gießen 2010

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2010/2011 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen.

Frau Prof. Dr. Gabriele Wolfslast danke für die Unterstützung bei der Anfertigung dieser Arbeit. In vielen mütterlichen Gesprächen darf ich an ihrem unendlichen Fachwissen wachsen.

Herrn Prof. Dr. Shinichi Ishizuka von der Ryukoku Universität Kyoto danke ich für seinen Rat, seine lebensfrohe Weitsicht und für das Vorbild, ein hartnäckiger Jurist werden zu wollen.

Herrn Dr. Kurt W. Schmidt vom Zentrum für Ethik in der Medizin in Frankfurt danke ich für den Anstoß zu dieser Arbeit, transportiert auch durch die Begeisterung, mit der er ethische Voraussetzungen und Konsequenzen juristischen Handelns hinterfragt.

Frau Prof. Dr. Bannenberg danke ich herzlich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Meine Eltern brauchten viel Geduld, hielten meine Launen aus und wussten nicht immer, was sie davon zu halten hatten. Ich danke ihnen für ihr Vertrauen und ihren Zuspruch.

Meine Freundin Mira hat mich von den Anfängen dieser Arbeit an begleitet und mir dabei geholfen, das Ziel nicht aus den Augen zu verlieren. Nach Karl Kraus ist sie meine liebste Sprachkritikerin. Von Herzen: Danke dafür.

Ein großes Dankeschön gilt auch dem Team der Professur Wolfslast. Viele kleine Hilfestellungen und Ratschläge erleichterten mir das Verfassen dieser Arbeit.

Gießen, im Februar 2011.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IX
Einleitung und Problemstellung	1
Erstes Kapitel: Grundlegendes über freiheitsentziehende Maßnahmen	11
A. Freiheitsentziehung als Erfolg freiheitsentziehender Maßnahmen	11
I. Merkmale nach § 415 II FamFG	12
II. Merkmale nach Art. 104 II GG	14
III. Opfertauglichkeit	15
IV. Fazit	17
B. Das Grundrecht der Fortbewegungsfreiheit und seine Verfahrensgarantien	17
I. Art. 2 II 2, 104 GG als Abwehrrechte gegenüber dem Pflegepersonal?	18
II. Mittelbare Drittwirkung	19
III. Unmittelbare Drittwirkung	20
IV. Beteiligung eines Betreuers	23
C. Normierung freiheitsentziehender Maßnahmen	25
D. Fazit: Nebeneinander privater und öffentlich-rechtlicher Freiheitsentziehungen	29
E. Freiheitsentziehende Maßnahmen in der pflegerischen Praxis	30
I. Erhebungen über freiheitsentziehende Maßnahmen	31
1. Die Verbreitung freiheitsentziehender Maßnahmen	31
2. Verfahren nach § 1906 IV BGB	32
II. Katalog freiheitsentziehender Maßnahmen	33
1. Mit verbleibendem Bewegungsraum	34
2. Ohne wesentlichen Bewegungsraum	36
III. Arzneimittel	38
1. Heilzweck	38
2. Freiheitsentziehende Wirkung	39
3. Psychopharmaka	41
F. Zusammenfassung	43
Zweites Kapitel: Heimbewohner außerhalb des Schutzbereiches einer Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB	45
A. Bewegungsstörungen im Alterungsprozess	46
B. Grundlegendes Urteil des BayObLG	48
C. Körperliche Gebrechen und § 239 I StGB	50
I. Physische Fortbewegungsfreiheit im Sinne des § 239 I StGB	50
II. Verbleibende Relevanz der physische Fortbewegungsfähigkeit des Opfers	52
1. Beschränkung auf eine Unterlassensstrafbarkeit	52
2. Anforderungen an die körperliche Fortbewegungsfähigkeit	54

III. Fazit	56
D. Geistige Gebrechen und § 239 I StGB	57
I. Geistige Fortbewegungsfreiheit im Sinne des § 239 I StGB	58
1. Zielgerichteter Fortbewegungswille als wesentliches Kriterium	60
2. Fazit	61
II. Die Beurteilung des Fortbewegungswillens bei Heimbewohnern	61
1. Tiefgreifende Bewusstseinsstörungen und Verwirrungszustände	63
a) Der Verlust der Fortbewegungsfreiheit	63
b) Erkennbarkeit des Fortbewegungswillens	65
c) Temporärer Verlust des Fortbewegungswillens	67
2. Überbrückung geistiger Fortbewegungsunfähigkeit durch Stellvertretung	68
E. Zusammenfassung	72

Drittes Kapitel: Alternativer Opferbegriff und Relevanz des Opferwillens für § 239 I StGB 75

A. Die Idee einer Bewegungsraumtheorie	75
B. Vorteile der Bewegungsraumtheorie	76
C. Die Bewegungsraumtheorie und Grenzen der Auslegung des § 239 I StGB	77
I. Umfeldüberlegungen zur Bewegungsraumtheorie	78
1. Parallele zu den Körperverletzungstatbeständen	78
2. Die Heimsituation	78
II. Argumente für die Bewegungsraumtheorie	80
1. Gesetzlichkeitsprinzip	81
2. Intersubjektive Rechtsgutskonzeption	82
III. Argumente gegen die Bewegungsraumtheorie	84
1. Der Wortlaut des § 239 I StGB	85
a) Einsperren	85
b) Berauben	86
c) Hierarchie der Tathandlungen	87
2. Opferwille in der Historie der Freiheitsberaubung	88
a) Beleidigung der Freiheit	88
b) Private Gefangennahme	90
c) Wandel im strafrechtlichen Schutz der Fortbewegung	91
3. Fazit	93
D. Zusammenfassung	94

Viertes Kapitel: Freiheitsentziehende Maßnahmen als tatbestandliche Handlungen des § 239 I StGB 97

A. Allgemeine Definition der Freiheitsberaubung	97
B. Einverständnis als wichtigster Ausschlussgrund	100
I. Anforderungen an das Einverständnis	101
II. Widerruf des Einverständnisses	106
III. Fazit	108
C. Allseitige Fortbewegungseinschränkung	109
I. Absolute Hindernisse	110
II. Relative Hindernisse	111
III. Fazit	114
D. Erheblichkeit der Fortbewegungseinschränkung	115
I. Dauer und Intensität des Eingriffs	115

II. Fortbewegungsraum, Freizeit- und Kontaktmöglichkeiten	117
III. Fazit	119
E. Zusammenfassung	120
 Fünftes Kapitel: Rechtfertigung freiheitsentziehender Maßnahmen	123
A. Das eigentliche Problem anhand BGHSt 13,197	124
B. Betreuungsrecht als Rechtfertigungsgrund	128
I. Genehmigung nach § 1906 IV BGB	128
1. Gesetzgeberischer Hintergrund	128
2. Voraussetzungen	129
a) Betreuungsverhältnis oder Vollmacht	130
b) Zeitliche Erheblichkeit	130
c) Finalitätserfordernis	132
3. Bedeutung als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund	133
II. Zustimmung nach § 1902 BGB	134
1. Vertretungsmacht des Betreuers	134
a) Grundlegendes zur Vertretungsmacht	134
b) Vertretungsmacht bei Personensorge	136
2. Bedeutung als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund	137
III. Fazit	139
C. Vorrang einer Rechtfertigung nach dem Betreuungsrecht	140
I. Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen	140
II. Betreuungsrecht und Rechtfertigungsgründe des StGB	141
1. Sperrwirkung nur bei betreuten Heimbewohnern	142
2. Einschränkung der Sperrwirkung	142
a) Problem: Betreuer ist nicht erreichbar	142
aa) Einschalten des Betreuungsgerichts keine Alternative	143
bb) Ausnahmsweise Durchbrechung der Sperrwirkung	145
b) Fazit	148
D. Mutmaßliche Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen	149
I. Mutmaßliche Einwilligung der Heimbewohnerin	149
II. Mutmaßliche Einwilligung verdrängt § 34 StGB	153
III. Mutmaßliche Einwilligung des Betreuers	155
E. Zusammenfassung	157
 Sechstes Kapitel: Verbleibende Anwendungsmöglichkeit des § 34 StGB	161
A. Die These mangelnder Erforderlichkeit freiheitsentziehender Maßnahmen	162
I. Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen als mildere Mittel	163
II. Die Erforderlichkeit im Sinne des § 34 StGB	165
1. Geeignetheit im Sinne des § 34 StGB	165
2. Das rechtlich mildeste Mittel nach § 34 StGB am Beispiel einer Sitzwache	167
III. Fazit	171
B. Die These der unabwägbaren Autonomie	172
I. Zwang gegen einwilligungsunfähige Heimbewohner	174
II. Zwang gegen einwilligungsfähige Heimbewohner	177
III. Fazit	182
C. Zusammenfassung	182

Siebttes Kapitel: Legitimierung privater Freiheitsentziehungen auf Dauer	187
A. Vorüberlegung zu Grundrechten und der strafrechtlichen Rechtfertigung	188
B. Pflichten bei Rechtfertigung nach dem Betreuungsrecht	190
C. Pflichten bei Rechtfertigung außerhalb des Betreuungsrechts	193
 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	 201
 Literaturverzeichnis	 211
 Quellenverzeichnis	 220

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.M.	am Main
AK	Alternativkommentar
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs und der Bundesanwaltschaft (zitiert nach Band und Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs und der Bundesanwaltschaft (zitiert nach Band und Seite)
BAK	Bundeskriminalamt
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BMGS	Bundesministerium für Gesundheit
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR	Bundesrat
BR-Dr.	Drucksache des Deutschen Bundesrats
BT	Bundestag
BT-Dr.	Drucksache des Deutschen Bundestags
BTPrax	Betreuungsrechtliche Praxis, Zeitschrift für soziale Arbeit, gutachterliche Tätigkeit und Rechtsanwendung in der Betreuung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BZ	Berliner Zeitung
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DAlzG	Deutsche Alzheimer Gesellschaft e.V.
ddp	Deutscher Depeschendienst
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
DNQP	Deutschen Netzwerks für Qualitätsentwicklung in der Pflege
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (zitiert nach Jahr und Seite)
DVBt	Deutsches Verwaltungsblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
Erg.	Ergänzung
e.V.	eingetragener Verein
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (zitiert nach Jahr und Seite)

FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FEG(Hess)	Hessisches Freiheitsentzugsgesetz = Gesetz über die Entziehung der Freiheit geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen
FEVG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FR	Frankfurter Rundschau
FS	Festschrift
FUR	Zeitschrift für Familie und Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
GA	Goldammers Archiv für Strafrecht (zitiert nach Band und Seite)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GS	Gedächtnisschrift
Ggf.	gegebenenfalls
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HK BUR	Heidelberger Kommentar zum Unterbringungs- und Betreuungsrecht (zitiert nach §)
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (zitiert nach Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)
Jura	Juristische Ausbildung (zitiert nach Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
Kap.	Kapitel
KDA	Kuratorium Deutsche Altershilfe
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LK	Leipziger Kommentar
LWV	Landeswohlfahrtsverband
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
MDS	Medizinischer Dienst der Spitzenverbände der Krankenkassen e.V.
MedR	Medizinrecht, Zeitschrift
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum BGB
MünchKommStGB	Münchener Kommentar zum StGB
NDV	Nachrichtendienst, Zeitschrift des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (DV) (zitiert nach Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
NJWE-FER	NJW Entscheidungsdienst Familien- und Erbrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report (zitiert nach Jahr und Seite)
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
PflR	Pflegerecht, Zeitschrift für Rechtsfragen in der stationären und ambulanten Pflege (zitiert nach Jahr und Seite)
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft (zitiert nach Band und Seite)
Rn.	Randnummer
R&P	Recht & Psychiatrie, Zeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)

Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (Loseblattsammlung, zitiert nach Ergänzungs-Lieferung, Paragraph und Rundnummer)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
taz	die tageszeitung
u.a.	unter anderem
u.s.w.	und so weiter
VersR	Versicherungsrecht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band und Seite)

Einleitung und Problemstellung

Sind Sie kürzlich Bus, Straßenbahn oder Zug gefahren? Nahm man Sie in einem PKW mit? Sind Sie gar geflogen? Sollte dies nicht auf Sie zutreffen, dann geschah Ihnen vielleicht auf andere Weise etwas, was Sie für einen Moment Teil haben ließ am Leben einer alten Dame. Diese Dame wohnt in einem Altenpflegeheim. Jeden Abend bringt eine Pflegekraft des Heims Bettgitter am Bett der alten Dame an und zurrt sie mit einem Gurt über ihrem Bauch an der Bettvorrichtung fest. So unterschiedlich diese Situationen auch sein mögen, in einer Sache gleichen sie sich: Es sind allesamt Situationen, in denen Personen Opfer von Freiheitsentziehungen sein können und andere sich deswegen strafbar gemacht haben können.

Wer einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt, so heißt es im Gesetzestext des § 239 I StGB, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Aus einem fahrenden Bus, einer Straßenbahn, einem Zug oder einem PKW auszusteigen ist praktisch ausgeschlossen, erst recht aus einem Flugzeug während des Flugs. Diese Situation währt fort bis zum nächsten Halt bzw. der Landung. Solange sind die Fahrgäste und Passagiere darin gehindert, sich grenzenlos fortzubewegen. Sie sind eingesperrt. Ähnlich ist es bei der alten Dame. Sie erreicht ihre Fortbewegungsfreiheit erst am nächsten Morgen wieder. Dann kommt eine Pflegekraft, entfernt Bettgitter und Bauchgurt, der Pflegebetrieb im Heim setzt ein. Bis es soweit ist, wird die alte Dame ihr Bett nicht verlassen können, zumindest nicht ohne die Hilfe einer Pflegekraft.

In diesem Kontext von Freiheitsberaubungen zu schreiben, mag verwundern. Es sind andere Bilder, die man spontan mit Freiheitsberaubung und Strafrecht verbindet: Entführer, die Opfer tage-, wochen- oder jahrelang in ein Verlies einsperren, Bankräuber, die die Angestellten an Händen und Füßen fesseln, oder Menschenschleuser, die Flüchtlinge in Container einschließen. Doch hierin zeigt sich ein gewisser Trugschluss gegenüber dem Wortlaut des § 239 I StGB. Der Wortlaut besagt lediglich, dass ein Mensch eingesperrt sein muss. Ein Zustand ist beschrieben. Warum der Täter diesen Zustand herbeiführte, sein Motiv, ist für den Tatbestand bedeutungslos. Deswegen müssten gute und schlechte Eingriffe in die Fortbewegungsmöglichkeit eines Menschen gleich behandelt werden; Bus- oder

Straßenbahnfahrer, Lokführer oder Piloten, die Pflegekräfte im Heim der alten Dame können ebenso Täter einer Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 StGB sein.¹

Ein Unterschied besteht dennoch, zumindest für einen Teil der Fälle: Der Busfahrer wird sich nicht wegen Freiheitsberaubung an seinen Fahrgästen strafbar machen, wenn er die Türen seines Busses schließt. Der Grund liegt bei den potentiellen Opfern: Das Mitfahren geschieht auf ihren Wunsch. Die Fahrgäste akzeptieren, dass ihre Fortbewegungsmöglichkeit während der Fahrt beschränkt ist. Es besteht nur dann ein Risiko für den Busfahrer, sich wegen Freiheitsberaubung strafbar zu machen, wenn das Opfer zum Verbleib im Bus gezwungen wird. Neben dem Eingriff in die Fortbewegungsmöglichkeit liegt dann ein Eingriff in die Willensbetätigung vor, zusammengefasst ein Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit. Die Zustimmung des Opfers schließt eine Strafbarkeit des Fahrers aus.² Zustimmung und andere Ausschlusskriterien führen allgemein dazu, dass die Einschränkung der Bewegungsmöglichkeit eines Menschen nur in den seltensten Fällen eine Verurteilung wegen Freiheitsberaubung nach sich zieht. In der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) werden pro Jahr fast 5000 Fälle von Freiheitsberaubungen registriert, lediglich rund 300 Fälle führen zu einer Verurteilung wegen Freiheitsberaubung.³

Aus dem Gebrauch der Verkehrsmittel kann im Regelfall unproblematisch auf die Zustimmung der Reisenden geschlossen werden, bis zum nächsten Halt nicht aussteigen zu wollen und sich solange mit dem beschränkten Bewegungsraum innerhalb des Verkehrsmittels zu begnügen. Anders ist die Situation bei der alten Dame im Heim. Sie begibt sich nicht in die Beschränkung, sondern das Pflegepersonal trägt diese an sie heran. Sie ist passiv. Um auf ihren Willen zu schließen, bedarf es anderer Anhaltspunkte: Hat sich etwa die Pflegekraft, bevor sie Bettgitter und Bauchgurt anbringt, der Zustimmung der alten Dame versichert? Diese Situation verschärft sich noch, sollte die alte Dame nicht ansprechbar oder verwirrt sein oder sollte ihre Zustimmung nicht aus anderen Gründen deutlich werden. Es liegt in der Natur der Sache, dass in einem Altenpflegeheim Menschen leben, die aufgrund körperlicher und/oder geistiger Gebrechen in ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit

¹ Vgl. auch NK-Sonnen, § 239, Rn. 1 und 17; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 17; Arzt, Strafrecht BT, S. 224.

² S. insb. LK¹⁰-Schäfer, § 239, Rn. 26. Vgl. auch Fischer, § 239 StGB, Rn. 12; Lackner/Kühl, § 239 StGB, Rn. 5; Arzt, Strafrecht BT, S. 229.

³ Bundeskriminalamt (BKA), Polizeiliche Kriminalstatistik 2009; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2009. S. auch NK-Sonnen, § 239, Rn. 10f.

eingeschränkt sein können.⁴ Die Zustimmung als Unterscheidungskriterium für die straflose Einschränkung der Bewegungsmöglichkeit von der strafbaren Einschränkung der Bewegungsfreiheit verliert an Kontur.⁵ Bestehen Zweifel an der Zustimmung, dann steigt die Möglichkeit einer strafrechtlichen Relevanz einer Fortbewegungseinschränkung. Eine tatbestandliche Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB wird wahrscheinlich, für das Pflegepersonal besteht ein Strafbarkeitsrisiko. Nur in besonders intensiven Fällen, etwa bei Heimbewohnern in dauerhaft apathischen bis hin zu komatösen Zuständen muss man darüber nachdenken, ob hier ein Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit überhaupt möglich ist, weil ein entgegenstehender Wille scheinbar nicht mehr vorhanden ist.

Die Situation der alten Dame ist kein Einzelfall im Alltag von Pflegeheimen. In vielen solcher Einrichtungen sind unterschiedliche Arten von Freiheitsbeschränkungen oder -entziehungen möglich. Sie beginnen damit, dass Heimbewohner Gebäude und Gelände der Pflegeeinrichtung nicht beliebig verlassen können. Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit intensiviert sich in mechanischen und medikamentösen Ruhigstellungen. Zu den mechanischen Ruhigstellungen zählen Bettgitter und Fixierungen, medikamentöse Ruhigstellung wird mit Hilfe von Psychopharmaka erreicht.⁶ Überhaupt sind Freiheitsberaubungen im Gesundheitswesen in allen pflegerischen, psychiatrischen und sonstigen medizinischen Fachrichtungen bekannt und verbreitet.⁷ Solche Maßnahmen werden immer dann angewendet, wenn Menschen sich selbst oder andere durch ihre körperliche Freiheit gefährden können. Man bezeichnet sie allgemein als freiheitsentziehende Maßnahmen.

Wenn das Pflegepersonal durch Anbringen des Bettgitters und Anlegen des Bauchgurtes bei der alten Dame unter Umständen den Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB erfüllt, so scheint die einfachste Lösung zu sein, darauf zu verzichten. Bettgitter und Bauchgurt schützen die alte Dame jedoch davor, aus ihrem Bett zu stürzen und bewahren sie so vor einer schwerwiegenden Verletzung. Ein solches Risiko ist bei alten Menschen

⁴ Lehr, Psychologie des Alterns, S. 89ff; Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260; Andrae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 21ff; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 27ff; Stoppe, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1999, 153, 154.

⁵ Etwa 90 Prozent der in Altenpflegeheimen von Bewegungseinschränkungen Betroffenen gelten als kognitiv beeinträchtigt oder dement, s. Koczy, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 33, 37f.

⁶ Guter Überblick und Aufzählung weiterer freiheitsentziehender Maßnahmen etwa bei: Schell, Staatsbürger- und Gesetzkunde für Pflegeberufe, S. 78; Walther, BtPrax 2005, 214, 214ff. Ausführlich zur Kasuistik: Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 37ff.

⁷ S. Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 14f.

bekannt, die Folge eines Sturzes sind Frakturen und Hämatome.⁸ Sorge um die alte Dame, Berufsethos und auch die Rechtslage sind hier mögliche Motive des Pflegepersonals, gegebenenfalls auch ohne die Zustimmung der alten Dame zu handeln.⁹ Verletzt sie sich, kann sich das Personal wegen Körperverletzung durch Unterlassen strafbar machen. Darüber hinaus droht eine Schadensersatz und Schmerzensgeldforderung, vorrangig dem Heimträger gegenüber.¹⁰ Für die Pflegenden offenbart sich ein Dilemma: Wie können sie rechtens handeln, wenn einerseits eine Sicherungsmaßnahme strafbedroht ist, andererseits aber ebenso ihr Unterlassen zu Strafbarkeit und Schadensersatzforderungen führen kann?

Das Dilemma liegt aus strafrechtlicher Sicht in der Rechtfertigung der Freiheitsberaubung. Der Tatbestand berücksichtigt nämlich weder Zweck noch Motiv.¹¹ Die Situation ist dem ärztlichen Heileingriff ähnlich. Der Chirurg, der seinen Patienten operiert, verwirklicht den Tatbestand der Körperverletzung.¹² Er bleibt dennoch straflos. Dies folgt aber grundsätzlich nicht daraus, dass er das Leben des Patienten rettet, sondern dass der Patient diesem Eingriff zustimmt.¹³ Alle ärztlichen Maßnahmen sind an die Einwilligung des Patienten gebunden; die Autonomie des Patienten zu respektieren ist eine grundlegende Maxime des ärztlichen Handelns.¹⁴ Die Maxime der Patientenautonomie kann man auf die Situation der alten Dame im Pflegeheim übertragen: Genauso wie ein Patient die "Freiheit zur Krankheit" besitzt und notwendige medizinische Eingriffe ablehnen kann,¹⁵ so gebührt der alten Dame grundsätzlich die Freiheit, Bettgitter und Bauchgurt zu verweigern, auch wenn das bei einer Sturzgefahr unvernünftig erscheint. Ein Handeln der Pflegekräfte ohne die Zustimmung der alten Dame muss gut begründet sein, um gerechtfertigt zu sein. Sollte die alte Dame gar ausdrücklich ihre

⁸ Laut einer Studie des Deutschen Netzwerks für Qualitätsentwicklung in der Pflege (DNQP) stürzen 50 Prozent aller Altenheimbewohner mindestens einmal pro Jahr, etwa 4 Prozent erleiden dabei eine Hüftfraktur, s. Gaßner/Schottky, MedR 2006, 391. Ähnlich auch im internationalem Vergleich: Hamers, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 19, 21. Vgl. auch die Sturzrisikoskala bei: Huhn, Forum Sozialstation 10/2000.

⁹ "Auf wirksame Sturzprophylaxe zu verzichten [...] hat nichts mit Menschenwürde zu tun, sondern missachtet sie", so: Schultze-Zeu, MedR 2005, 696, 700.

¹⁰ Etwa: BGH, Urt. v. 14.07.2005 - III ZR 391/04, MedR 2005, 721; BGH, Urt. v. 28.04.2005 - III ZR 399/04, NJW 2005, 1937; OLG Schleswig, Urt. v. 18.06.2004 - 1 U 8/04, NJOZ 2004, 2766; LG Frankfurt, Urt. v. 12.11.2004 - 2/1 S 178/03, NZV 2005, 368. Vgl. auch Lang, NZV 2005, 124; Lang, NJW 2005, 1905; Schultze-Zeu, MedR 2005, 696; Lutterbeck, Pflege-&Krankenhausrecht 2004, 85; Jorzig, PflR 2003, 379.

¹¹ S. dazu auch Bloy, ZStW96 1984, 703.

¹² Grundlegend: RGSt 25, 375. Seitdem ständige Rechtsprechung, s. Entscheidungssammlung bei: Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 14ff. Kritisch dazu m.w.N.: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 552f.

¹³ S. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, S. 241; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 379f.

¹⁴ Engelhardt, Freies und Informiertes Einverständnis, in: Ethik in der Medizin, S. 106, 106ff; Schmidt/Wolfslast, DMW 2002, 634.

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 07.10.1981 - 2 BvR 1194/80, BVerfGE 58 (in Auszügen auch in: NJW 1982, 691ff), 208.

Ablehnung äußern, scheint eine Rechtfertigung des Handelns der Pflegekräfte zunächst nur schwer vorstellbar. Ihr Handeln droht in die Strafbarkeit abzurutschen.

Gegen diese Annahme spricht deutlich die Strafverfolgungspraxis in Deutschland. Die Strafverfolgungsbehörden üben sich in Zurückhaltung: Zu Ermittlungsverfahren wegen freiheitsentziehender Maßnahmen in Pflegeheimen kommt es nur vereinzelt. Meist werden die Verfahren eingestellt.¹⁶ Freiheitsberaubungen durch freiheitsentziehende Maßnahmen finden sich deshalb auch nicht in den Verurteilungsstatistiken wieder. In dieser Arbeit wird die strafrechtliche Begründung für das scheinbar stillschweigende Übereinkommen (von Pflegern, Ärzten, Heimleitungen, aber auch der Staatsanwaltschaft) gesucht, dass freiheitsentziehende Maßnahmen in Altenpflegeheimen keine Strafverfolgung wegen Freiheitsberaubung nach sich ziehen. Liegt der Grund dafür in Klauseln der Heimverträge, die etwa die Öffnungs- und Besuchszeiten des Heims betreffen, an die der Heimbewohner sich durch Unterschreiben des Vertrages bindet? Oder sind alte Menschen unter Umständen nicht Opfer von Freiheitsberaubungen, weil ihre Motorik soweit eingeschränkt ist, dass man sie durch freiheitsentziehende Maßnahmen keiner bestehenden Fortbewegungsmöglichkeit beraubt? Oder ist es sogar richtig, von alterstypischen Beschränkungen zu sprechen, genauso wie es strafrechtlich unbedeutend ist, wenn Eltern ihren Kindern Hausarrest auferlegen?¹⁷ Müsste man analog dazu auch Einschränkungen gegenüber alten Menschen als eine faktische Notwendigkeit ansehen, die keiner Strafe zugänglich sein soll? Oder verbirgt sich die Begründung im Öffentlichen Recht oder im Zivilrecht, insbesondere im Betreuungsrecht? Denn hier ist die rechtliche Beurteilung von freiheitsentziehenden Maßnahmen im Gesundheitswesen deutlich weiter voran geschritten als im Strafrecht. Die Einheit der Rechtsordnung gebietet dabei, spezielle Normierungen solcher Eingriffe aus dem Öffentlichen Recht und dem Betreuungsrecht im Strafrecht zu berücksichtigen.¹⁸ Solche Normierungen, wie § 1906 IV BGB, sind oftmals ihrerseits in vielen Merkmalen umstritten. Damit ist nicht nur ihre Anwendbarkeit im Strafrecht, sondern sind auch ihre jeweiligen Voraussetzungen klärungsbedürftig.

¹⁶ S. Hirsch, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 1, 3; Klie, Altenheim 1984, 194, 195. Vgl. auch ARD, Todesfalle Pflegeheim - Warum alte Menschen ersticken, Report Mainz, 06.02.2006; Schmidt, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 26.

¹⁷ Vgl. Gastiger, NDV 1989, 83, 85. Vgl. auch Dodegge, FamRZ 1993, 1347, 1349.

¹⁸ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 613ff.

Die Zurückhaltung der Strafverfolgungsbehörden kann man aus Sicht der Pflegenden gut verstehen. Sollte man Pflegende wirklich bestrafen? Sie wollen doch den Heimbewohnern helfen; das ist ihre Aufgabe. Auch hier stellen sich die alt bekannten Bedenken, mit denen man allgemein im Medizinstrafrecht konfrontiert ist: Medizinische Eingriffe sind im gesundheitlichen Interesse des Betroffenen. Ärzte und Pflegekräfte stehen unter Entscheidungsdruck. Schnelles Handeln kann geboten sein, es müssen dabei aus rechtlicher Sicht Abwägungen getroffen werden, die selbst erfahrene Juristen vor Probleme stellen. Zudem entscheidet das Pflegepersonal nicht eigenverantwortlich, wenn ihr Handeln sich an der "Politik des Hauses" orientiert, also dem Einfluss leitenden Pflegepersonals, Ärzten, der Heimleitung und dem Heimträger unterliegt. Hinzu kommt eine hohe physische und psychische Arbeitsbelastung bei äußerst dürftigem Lohn. Generell übernehmen Ärzte und Pflegende eine überaus gemeinnützige Tätigkeit, sie erfüllen die staatliche Pflicht der Gesundheitsfürsorge. Demgegenüber erscheint es widersprüchlich, wenn ihnen gleichzeitig für ihre Tätigkeit eine Strafe durch den Staat droht. Medizinstrafrecht rüttelt auch an vergangener "Obrigkeitsmedizin" und dem damit verbundenen Status von Ärzten als "Halbgöttern in weiß".¹⁹ Gegenüber dem Pflegepersonal wird ein solcher Vorwurf nur selten erhoben. Man sieht die Pflegenden vielmehr als in ihrem beruflichen Abhängigkeitsverhältnis gefangen.²⁰

Auf der anderen Seite steht der Schutz des Heimbewohners in seiner Selbstbestimmung. Heimbewohner sind meist durch Verletzung, Krankheit und andere Leiden in einer besonders schwachen und hilfebedürftigen Situation. Erst "wenn es gar nicht anders geht" erwägt man, in einem Altenheim zu leben.²¹ Eine Angst ist dabei der Verlust von Freiheiten, die man ein Leben lang zu haben gewohnt war. Freiheiten, die ebenso banal wie grundlegend sind: Wann beginnt man den Tag, wann und was isst man, wann besucht man Freunde, wann lädt man wen ein, was kauft man zu essen und so weiter. Vieles davon droht in einem Pflegeheim von anderen bestimmt zu werden. Man ist dem Rhythmus von Tages- und Ruhezeiten, Essens-, Pflege-, Gruppen- und Besuchszeiten unterworfen, abgestimmt auf die Arbeitsschichten des Pflegepersonals.²² Heimbewohner müssen viele Einschränkungen ihrer Selbstbestimmung

¹⁹ Vgl. Gössel/Dölling, BT 1, S. 148; Marckmann/Bormuth, Arzt-Patient-Verhältnis und Informiertes Einverständnis, Einführung, in: Ethik in der Medizin, S. 91, 91f.

²⁰ Besonders drastischer Fall: Die Heimleitung kündigte einer Angestellten, weil sie sich weigerte, Heimbewohner zu fixieren: ARD, Die unmenschliche Dauerfixierung in Pflegeheimen, Report aus München, 18.09.2006.

²¹ S. Lehr, Psychologie des Alterns, S. 313ff.

²² Vgl. auch: Heinzelmann, Das Altenheim, S. 159ff; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 96ff.

hinnehmen. Ihre verbleibende Selbstbestimmung zu wahren sollte daher eine Aufgabe von besonderer Notwendigkeit sein.

Hinzu kommt, dass der Schutz der Selbstbestimmung nicht das einzige Interesse ist, dass es gegenüber einer freiheitsentziehenden Maßnahme abzuwägen gilt. Die freiheitsentziehenden Maßnahmen selbst sind für die Betroffenen eine Gefahr. Vor allem auf Fixierungen trifft dies zu. Quetschungen und Nervenverletzungen sind nach Aussagen von Ärzten und Pflegeern an der Tagesordnung, wenn fixiert wurde.²³ Auch Todesfälle sind bekannt.²⁴ Handhaben Fixierende die Gurte falsch, etwa dadurch, dass sie sie zu locker anlegen, besteht die Gefahr, dass der Fixierte aus seinem Bett rutscht und sich an der verbleibenden Fixierung würgt. Kommt hinzu, dass der Fixierte unbeaufsichtigt ist, wie zu Nachtzeiten in einem Pflegeheim üblich, besteht für ihn Todesgefahr. Neben den Gefahren für Leib und Leben wirken sich Fixierungen zudem erheblich auf die Psyche des Fixierten aus. Dies lässt sich sehr treffend an Aussagen eines Heimbewohners nachvollziehen, der den Zustand, fixiert zu sein, beschreibt: "Du bist wehrlos, du kannst nichts machen. Du fühlst dich einfach ausgeliefert. Es ist das schlimmste, was man sich vorstellen kann, es ist schlimmer als Gefängnis."²⁵

Von besonderer Brisanz ist dabei, dass in Pilotstudien eine Altenpflege unter weitgehendem Verzicht auf freiheitsentziehende Maßnahmen erfolgreich praktiziert wird.²⁶ Die Notwendigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen resultiert nicht ausschließlich aus der

²³ Hamers, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 19, 22; Koczy, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 33, 34; Mohsenian, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 266; Pedal, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1996, 180.

²⁴ Mohsenian, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 266; Pedal, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1996, 180. Vgl. auch Berichterstattung: Deutschlandradio Kultur, Fixierung in Pflegeheimen, 10.04.2007; Emmerich, BZ vom 16.06.2006; ARD, Todesfälle Pflegeheim - Warum alte Menschen ersticken, Report Mainz, 06.02.2006; Mittler, SZ vom 02.06.2006; Thurner-Fromm, Stuttgarter Zeitung vom 12.07.2006; Rippengather, FR vom 03.12.2005.

²⁵ So die Aussage eines Patienten bei der ärztlichen Fortbildungsveranstaltung "Fixierung, ethische und rechtliche Fragen freiheitsentziehender Maßnahmen im Krankenhausalltag" am 30.08.2005 im Markus Krankenhaus in Frankfurt a.M. (Veranstalter: Zentrum für Ethik in der Medizin (ZEM) und LÄK Hessen). Ähnlich auch die Äußerungen von Heimbewohnern über Bettgitter, hier in einem gerichtlichen Verfahren zum damaligen Vormundschaftsrecht: "Sie fühlen sich wie ein Pferd im Stall, sie müssen sich nachts die Beine zusammenpressen, weil das Pflegepersonal zu spät zu Hilfe kommt, wenn sie nachts die Toilette aufsuchen wollen" in: AmtsG Frankfurt/M, Beschl. v. 26.08.1988 - 40 VIII B 27574, FamRZ 1988, 1209, 1210. Vgl. auch Hamers, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 19, 22; Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 38.

²⁶ S. Graupner, SZ vom 11.06.2006. Vgl. auch Koczy, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 33. Maßnahmen zur Sturzprophylaxe ohne Freiheitsentziehende Wirkung, vgl. Auswertung der "Münchener Studie", Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 80ff. Vgl. auch bereits: Wojnar, "Unterbringung und unterbringungsähnliche Maßnahmen"-Anspruch-Realität-Alternativen, Vortrag vom 7. Juni 1997 auf der 4.VfB-Fachtagung in Köln, 1997. In den USA sind freiheitsentziehende Maßnahmen zur Sturzprophylaxe sogar verboten: Hamers, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 19, 23.

Person des Betroffenen selbst, den Risiken psychischer und physischer Gebrechlichkeit. Die Gefahrenlage wird ebenfalls durch die Umgebung in einem Pflegeheim beeinflusst. Untersuchungen zeigen die Relevanz des Personals, der pflegerischen Ausstattung und der Arzneimittelvergabe. Je lückenloser die Betreuung eines Heimbewohners ist, desto niedriger ist die Verletzungsgefahr durch Stürze, da das Personal einen Sturz verhindert, oder, im Falle eines Sturzes, schnell helfen kann. Ein Ausstattungsmerkmal bei der Pflege ist dabei der Schlafplatz des Heimbewohners. Absenkbare Betten und Polsterungen um das Bett minimieren das Verletzungsrisiko beim Herausfallen. Unter den Arzneimitteln sind Psychopharmaka in Pflegeheimen sehr verbreitet. Mehr als die Hälfte der Heimbewohner nehmen sie täglich. Psychopharmaka beeinträchtigen die Mobilität und können zu Stürzen von Heimbewohnern führen. Viele Gefahren in Pflegeheimen können vermieden, freiheitsentziehende Maßnahmen dadurch reduziert werden.²⁷ In der Praxis werden jedoch diese Umstände beibehalten, die Fixierungen zum Schutz der Heimbewohner notwendig machen: Freiheitsentziehende Maßnahmen unterliegen auch wirtschaftlicher Erwägungen.

Nicht zuletzt die anhaltenden Medienberichte über menschenunwürdige Zustände in Altenpflegeheimen werfen einen Schatten auf die Diskussion um freiheitsentziehende Maßnahmen.²⁸ Angeprangert werden erhebliche Mängel bei der Versorgung der Heimbewohner, Mängel, die so gravierend seien, dass sie zu Verletzungen und Gesundheitsschädigungen bei den zu Pflegenden führten. Dekubitusgeschwüre durch mangelnde Bewegung oder Unterernährung und Austrocknung durch fehlende Hilfe beim Essen und Trinken sind nur einige der berichteten Vorkommnisse. Dabei handelt es sich nach Medienansicht nicht um Einzelfälle, sondern um Zeichen eines "Pflegenotstandes" in Deutschland.

²⁷ Vgl. dazu: Hamers, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 19, 22ff; Pantel/Weber/Bockenheimer-Lucius, et al., Psychopharmaka im Altenpflegeheim, 2005; Walther, BtPrax 2005, 214, 216ff; Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 76ff; Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 55ff.

²⁸ U.a. Deutschlandradio Kultur, Fixierung in Pflegeheimen, 10.04.2007; ARD, Die unmenschliche Dauerfixierung in Pflegeheimen, Report aus München, 18.09.2006; Emmerich, BZ vom 16.06.2006; ARD, Todesfälle Pflegeheim - Warum alte Menschen ersticken, Report Mainz, 06.02.2006; Mittler, SZ vom 02.06.2006; Thurner-Fromm, Stuttgarter Zeitung vom 12.07.2006; unbekannt, SZ vom 25.03.2006; Fussek, FR vom 28.11.2005; Goettle, taz vom 28.06.2004; Loerzer, SZ vom 28.04.2003; Rohrmann, FR vom 09.08.2003; Fuchs, taz vom 28.08.1998. Die Bild titelte: "Die Pflege Schande" und "Alte Menschen sind nur noch Kostenfaktoren", unbekannt, Bild vom 12.09.2007; unbekannt, Bild vom 31.08.2007.

Durch den demographischen Wandel und die damit verbundene steigende Zahl von Menschen mit Demenzerkrankungen wird zudem die Aktualität der Problematik freiheitsentziehender Maßnahmen in der Altenpflege auch in Zukunft weiter zunehmen.²⁹

Die Strafbarkeit freiheitsentziehender Maßnahmen haben Juristinnen und Juristen bisher nur ansatzweise erörtert.³⁰ In der Literatur zur pflegerischen Ausbildung und Praxis wird - wenn überhaupt - erwogen, eine Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung pauschal wegen Notstands abzulehnen.³¹ Dass dies keinesfalls unproblematisch ist, wird im folgenden dargestellt.

Die Untersuchung fokussiert allgemeine Weichenstellungen, anhand derer sich strafbare und nicht strafbare freiheitsentziehende Maßnahmen aufteilen lassen. Die Weichenstellungen sind an praktischen Problemen entwickelt.

Zunächst werden der Begriff der freiheitsentziehenden Maßnahmen und die rechtlichen und pflegerischen Grundlagen erläutert (Erstes Kapitel). Immer wieder wird im Laufe der Untersuchung darauf zurückgegriffen. Daran schließt sich die strafrechtliche Untersuchung an, die mit dem "Tatobjekt" beginnt, den potentiellen Opfern von Freiheitsberaubungen, den Bewohnern eines Altenpflegeheims. Relevant ist hier, welche körperliche und geistige Konstitution ein Mensch haben muss, um Opfer einer Freiheitsberaubung sein zu können (Zweites Kapitel). Ein alternativer Opferbegriff wird diskutiert und an der grammatischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung des Tatbestandes gemessen (Drittes Kapitel). Weiter geht es mit den typischen Tatbestandsmerkmalen der Freiheitsberaubung im Rahmen des Tatbestandserfolgs. Einverständnis und Widerruf, überwindbare Bewegungshindernisse und verbleibender Bewegungsraum lassen an diesem Erfolg zweifeln (Viertes Kapitel). Ist der Tatbestand verwirklicht, bleibt die Rechtfertigung, um eine Bestrafung abzuwenden (Fünftes und Sechstes Kapitel). Die Rechtfertigung bestimmt sich dabei auch nach Gründen, die über das Strafgesetzbuch hinausgehen. Eine

²⁹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), Erster Bericht über die Situation der Heime, 2006, S. 16ff. S. auch Heinzelmann, Das Altenheim, S. 34.

³⁰ Die bisher im Ansatz einzig eingehenderere strafrechtliche Erörterung durch: Schumacher, FS für Wessels, 431. Problembewusstsein erstmals, soweit ersichtlich, in dem Aufsatz von: Gastiger, NDV 1989, 83. Nicht hinsichtlich Altenpflege und Heimsituation, dennoch hier von grundlegender Bedeutung (vgl. Fünftes Kapitel): BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197.

³¹ Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 79; Güthling, Freiheitsentziehende Maßnahmen im Betreuungsrecht, S. 10; Schumacher, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 49f; Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 49f; Steffen, Arztrecht 1994, 179, 86; Polenz, Altenheim 1987, 27, 29.

strafrechtliche Beurteilung kommt daher nicht umhin, sich auch im Öffentlichen Recht und im Zivilrecht zu bewegen. Maßgabe soll aber bleiben, die dort geführten Diskussionen in ihrer Relevanz für das Strafrecht darzustellen. Rechtfertigende Normen könnten nicht nur Rechte für das Pflegepersonal vorbehalten, sondern sie auch zu entsprechenden Maßnahmen verpflichten (Siebtes Kapitel). Eine thesenförmige Zusammenfassung schließt die Untersuchung ab.

Abschließend noch eine Anmerkung: Wenn in der Untersuchung meist von Heimbewohnerinnen die Rede ist, gelten diese Ausführungen selbstverständlich auch den männlichen Heimbewohnern. Der Gebrauch der weiblichen Form ist alleine der Tatsache geschuldet, dass über 80 Prozent aller Altenheimbewohner in Deutschland Frauen sind.³²

³² S. Heinzelmann, Das Altenheim, S. 36f. Vgl. auch Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260. Ihr Durchschnittsalter beträgt rund 80 Jahre, s. dazu auch: Heinzelmann, Das Altenheim, S. 35f und 92; Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260.

Erstes Kapitel: Grundlegendes über freiheitsentziehende Maßnahmen

Was sind freiheitsentziehende Maßnahmen? In der Einleitung wurden bereits verschiedene Aspekte genannt: "Freiheitsentziehende Maßnahmen" ist der Begriff, der sich im Gesundheitswesen etabliert hat, um die Einschränkung der Bewegungsfreiheit eines Menschen aus fürsorglichen Gründen zu beschreiben, zum Beispiel durch Bettgitter oder Fixierungen.³³ Offensichtlich ist darüber hinaus eine begriffliche Verwandtschaft zwischen freiheitsentziehenden Maßnahmen und Freiheitsentziehung. Freiheitsentziehung oder auch Freiheitsentzug ist ein geläufiger juristischer Begriff, man kennt ihn vor allem in Zusammenhang mit Art. 104 GG.³⁴ Charakteristisch für Freiheitsentziehung ist eine bestimmte Weise der Fortbewegungseinschränkung eines Menschen, die nur legitim ist, wenn sie ausdrücklich per Gesetz bestimmt ist und ein Richter sie genehmigt hat, vgl. Art. 104 I, II GG. Demnach verwundert es keineswegs, wenn behauptet wird, freiheitsentziehende Maßnahmen seien ab einer gewissen zeitlichen Intensität prinzipiell nur mit richterlicher Genehmigung zulässig.³⁵ Diese Annahme ist gleichwohl falsch. Warum dem so ist, welche rechtlichen Grundlagen tatsächlich zu beachten sind und wie sich freiheitsentziehende Maßnahmen in der Pflege darstellen, darum geht es im folgenden Kapitel.

A. Freiheitsentziehung als Erfolg freiheitsentziehender Maßnahmen

Freiheitsentziehung ist ein geläufiger juristischer Begriff. Dies erleichtert seine Klärung aber keinesfalls. Der Begriff der Freiheitsentziehung findet sich in Gesetzen, Rechtsprechung und Literatur in vielen Facetten. So steht er im Grundgesetz in Art. 104 II GG, wo er aber nicht

³³ Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 78; Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 18.

³⁴ Art. 104 GG und Art. 2 GG stehen in einem systematischen Bezug: Art. 2 II 2 GG nennt die materiellen Grundrechtsgrenzen, Art. 104 I, II, III GG wiederholt, verstärkt und ergänzt sie in verfahrensrechtlicher Hinsicht, s. Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 21; Hantel, JuS 1990, 865, 866; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 11. Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren: Kracht, DVBl 1950, 517, 518f.

³⁵ Vgl. etwa Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 79; Lutterbeck, Pflege- & Krankenhausrecht 2004, 85, 88; Walther, BtPrax 2001, 96, 99; Schumacher, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 20; Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 50; Steffen, Arztrecht 1994, 179, 180; Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 98; Klie, Altenheim 1984, 194, 197.

definiert ist. Eine Definition weist das FamFG³⁶ auf, die aus der Normierung des seit dem 01.09.2009 aufgehobenen FEVG³⁷ hervorgegangen ist und ihr weitgehend gleicht.³⁸

I. Merkmale nach § 415 II FamFG

Freiheitsentziehung ist in § 415 II FamFG legaldefiniert. Dort heißt es,

"Eine Freiheitsentziehung liegt vor, wenn einer Person gegen ihren Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit insbesondere in einer abgeschlossenen Einrichtung, wie einem Gewahrsamsraum oder einem abgeschlossenen Teil eines Krankenhauses, die Freiheit entzogen wird."

Die Definition zeigt die beiden wesentlichen Merkmale einer Freiheitsentziehung auf:

- Freiheitsentzug geschieht gegen oder ohne Willen ihres Opfers. Freiheitsentziehung birgt Zwang in sich, sie richtet sich gegen die Autonomie des Opfers. Ist der Betroffene einverstanden, liegt bereits begrifflich keine Freiheitsentziehung vor.³⁹
- Handlung der Freiheitsentziehung ist, dass das Opfer in einen abgeschlossenen Raum verbracht wird, mit anderen Worten, das Opfer wird eingesperrt. Kennzeichnend dafür ist, dass das Opfer am Verlassen des Raums gehindert ist, die Fortbewegungsfreiheit also allseitig beschränkt ist.⁴⁰

³⁶ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008, in Kraft getreten am 01.09.2009. Vgl. allgemein zum FamFG: Zimmermann, JuS 2009, 692.

³⁷ Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen vom 29.06.1951, vgl. dazu etwa: Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 407 ff. So auch Creifelds, Rechtswörterbuch, S. 511 "Freiheitsentziehung". Das FEVG ist mit Wirkung vom 01.09.2009 durch das FGG-ReformG aufgehoben.

³⁸ § 2 I FEVG: "Freiheitsentziehung ist die Unterbringung einer Person gegen ihren Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit in einer Justizvollzugsanstalt, einem Haftraum, einer abgeschlossenen Verwahranstalt, einer abgeschlossenen Anstalt der Fürsorge, einer abgeschlossenen Krankenanstalt oder einem abgeschlossenen Teil einer Krankenanstalt."

³⁹ Vgl. zu § 2 I FEVG: Jürgens, Betreuungsrecht-Marschner, 1906, Rn. 6; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 410; Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 6 und 9; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 18.

⁴⁰ Vgl. zu § 2 I FEVG: Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 409; Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 7; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 19. Die "Freiheitsbeschränkung" Art. 104 I GG ist hingegen nur partiell, s.: Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 12.

Rechtsprechung und Lehre haben darüber hinaus bereits die ursprüngliche Definition in § 2 I FEVG weiter präzisiert. Diese Erkenntnisse können aufgrund der weitgehenden Übereinstimmungen beider Definitionen auch auf § 415 II FamFG übertragen werden:

Nach ganz herrschender Ansicht kann eine Freiheitsentziehung nicht auf die Handlung reduziert werden, einen Menschen in einem Raum einzusperren. Das Fesseln eines Menschen etwa oder jede andere Handlung mit vergleichbarem Erfolg könne ebenso eine Freiheitsentziehung sein. Entscheidend soll alleine der Eintritt der allseitigen Begrenzung sein, nicht wie dieser Zustand herbeigeführt wurde.⁴¹ Demnach ist Freiheitsentziehung mittelunabhängig. Genauer gesagt ist jedes Mittel geeignet, wenn es den "Erfolg" der Freiheitsentziehung bewirken kann. Folgt man dem konsequent, ist eine Freiheitsentziehung auch durch bloß psychisch wirkende Mittel möglich, also durch Täuschung oder Drohung.⁴²

Es besteht darüber hinaus weitgehend Einigkeit in der Lehre, dass ein bloß kurz andauernder Eingriff in die Bewegungsfreiheit keine Freiheitsentziehung ist.⁴³ Neben dem Aspekt der Dauer wird in der Rechtsprechung vor allem der Zweck bzw. das Motiv der möglichen Freiheitsentziehung als für ihr Vorliegen beachtlich angesehen.⁴⁴ Zusammenfassend kann man dies als Erheblichkeitserwägungen bezeichnen. Dauer, Zweck und Motiv sind schwer zu bestimmende Begriffe; sie sind ihrerseits wiederum umstritten.⁴⁵ Deren Bestimmung ist oft nur am Einzelfall nachvollziehbar. Allgemein zeigt dies die Tendenz, nicht alleine nach den Kernbegriffen der Freiheitsentziehung, Zwang und allseitige Fortbewegungseinschränkung, auf eine Freiheitsentziehung zu schließen.⁴⁶ Die Erheblichkeit des Eingriffs ist ein weiteres Element der Freiheitsentziehung.

⁴¹ Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 6; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 19. A.A.: vgl. BT-Dr. 2/169, S. 8, s. dazu auch m.w.N.: Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, S. 29.

⁴² Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 6; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 21. Eingeschränkt: SachsGGKommentar-Degenhart, Art. 104, Rn. 6a. Vgl. dazu auch Jakobs, GS für H.Kaufmann, 791ff, 808.

⁴³ SachsGGKommentar-Degenhart, Art. 104, Rn. 5a; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 409; Holzhauer, FuR 1992, 249, 254. Kritisch bis ablehnend: Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, S. 42; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 20.

⁴⁴ BGHZ 82, 261, BVerwGE 62, 325. A.A.: Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 409; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 19. "Freiheitsentziehung liegt deshalb auch dann vor, wenn sie objektiv im Interesse des Betroffenen liegt, weil sie etwa seiner Fürsorge, Heilung oder Pflege dienen soll", Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 6.

⁴⁵ S. Hantel, JuS 1990, 865, 869f.

⁴⁶ Vgl. Hantel, JuS 1990, 865, 870; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 20ff.

II. Merkmale nach Art. 104 II GG

Der Begriff Freiheitsentziehung ist von verfassungsrechtlichem Rang, Art. 104 II GG. Seine Bestimmung durch ein formelles Gesetz wie § 415 II FamFG ist gegenüber Art. 104 GG unverbindlich. Für den Begriff der Freiheitsentziehung ist § 415 II FamFG ein Anhaltspunkt, der aber nicht als abschließende Normierung zu verstehen ist.⁴⁷

Aus dem Zusammenhang der Regelung der Freiheitsentziehung im Grundgesetz wird verständlich, warum Rechtsprechung und Literatur die Definition aus § 415 II FamFG dahingehend einschränkend auslegen, dass neben Zwang und allseitiger Begrenzung als wesentliche und vermeintlich klare Anforderungen, auch schwer absehbare Erheblichkeitserwägungen zu berücksichtigen sind. Korrigiert werden soll die zwingende Rechtsfolge, dass ein Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit nach Art. 104 II GG durch einen Richter zu genehmigen ist, wenn er als Freiheitsentziehung bewertet wird. Diese Rechtsfolge, soweit besteht in Rechtsprechung und Literatur Konsens, kann eben nicht durch jede noch so unerhebliche allseitige Fortbewegungsbeschränkung herbeigeführt werden.⁴⁸ Es handelt sich um eine teleologische Reduktion.

Systematisch gründet dies in Art. 104 GG. Es entspricht dort der Unterscheidung zwischen Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung. Beides sind Freiheitseinschränkungen. Sie unterscheiden sich jedoch in ihrer Intensität und der damit verbundenen Rechtsfolge.⁴⁹ Ist der Eingriff eine Freiheitsbeschränkung, genügen die Anforderungen nach Art. 104 I GG. Ist der Eingriff eine Freiheitsentziehung, die intensivere Form der Freiheitseinschränkung, sind zusätzlich die Anforderungen nach Art. 104 II, IV GG zu beachten, insbesondere die des Richtervorbehalts.⁵⁰

Die Intensität der Freiheitseinschränkung entscheidet also über das Vorliegen einer Freiheitsentziehung. Hierin liegt der Grund, wenn ausnahmsweise die allseitige Fortbewegungsbeschränkung unter Zwang keine Freiheitsentziehung ist, dann nämlich, wenn es ihr an Intensität mangelt. Die Antwort darauf, wie diese Intensität zu ermitteln ist, ist

⁴⁷ Hantel, JuS 1990, 865, 869. Vgl. auch AmtsG Recklinghausen, Beschl. v. 31.03.1987 - C VIII 721, FamRZ 1988, 653, 656; Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 6.

⁴⁸ Vgl. SachsGGKommentar-Degenhart, Art. 104, Rn. 5a; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 409.

⁴⁹ Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 25; Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 5.

⁵⁰ Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 23.

bereits gegeben: Sie bestimmt sich anhand der aufgeführten Kriterien Zwang, Allseitigkeit, aber auch Dauer,⁵¹ gegebenenfalls Zweck und Motiv.⁵² Zwang und die allseitige Fortbewegungsbegrenzung sind dabei die wichtigsten Indikatoren. Alleine Zwang und die allseitige Fortbewegungseinschränkung führen in der Regel zu einer für die Freiheitsentziehung ausreichend intensiven Form der Freiheitseinschränkung, bedeuten aber nicht zwingend eine Freiheitsentziehung. Beide Kriterien lassen eine gewisse Bandbreite zu. Liegen im Einzelfall Zwang und Allseitigkeit nur mit geringer Intensität vor, kann nur eine Freiheitsentziehung gegeben sein, wenn die anderen Kriterien im Verhältnis schwerer wiegen.⁵³ Dies gilt etwa für das Verhältnis zwischen Fortbewegungseinschränkung und Zeit. Ist eine Person nur für wenige Minuten in einem Raum eingesperrt, wird man daran zweifeln müssen, ob ein für eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 II GG genügend intensiver Eingriff vorliegt;⁵⁴ umso mehr Zweifel erwachsen, je größer etwa der Raum ist, in dem sich die Person weiterhin bewegen kann. Dieselbe Zeitspanne kann aber ausreichend für eine Freiheitsentziehung sein, wenn der Bewegungsraum stärker reduziert ist, wenn zum Beispiel die Person an Händen und Füßen gefesselt ist.⁵⁵

Die Kernkriterien Zwang und Allseitigkeit der Fortbewegungseinschränkung sind vor dem Hintergrund der Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung zu sehen. Es bedarf für eine Freiheitsentziehung eines Mindestmaßes an Intensität, was insbesondere an der Dauer des Eingriffs festzumachen ist.⁵⁶

III. Opfertauglichkeit

In der Einleitung wurde darauf hingewiesen, dass bezweifelt werden kann, ob Heimbewohner mit erheblichen körperlichen oder geistigen Gebrechen Opfer einer Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB sein können. Diesem Gedanken wird umfassend im nächsten Kapitel

⁵¹ Entsprechend auch die Vorgaben des § 1906 IV BGB "längerer Zeitraum" oder "regelmäßig" - erst dann erreicht die Intensität der Freiheitseinschränkung die einer Freiheitsentziehung. Vgl. dazu auch: Holzhauser, FuR 1992, 249, 254.

⁵² BGHZ 82, 261, BVerwGE 62, 325, vgl. auch Hantel, JuS 1990, 865, 867f. Vgl. dazu auch Erstes Kapitel, E. II 1. Kritisch dazu: Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, S. 42.

⁵³ S. auch Hantel, JuS 1990, 865, 870.

⁵⁴ A.A.: Geringe Dauer kann ausreichen, so mit Parallele zu § 239 I StGB, s.: Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, S. 42. Dagegen: Holzhauser, FuR 1992, 249, 54. Vgl. dazu auch Viertes Kapitel, B. III. 1.

⁵⁵ Vgl. SachsGGKomentar-Degenhart, Art. 104, Rn. 6; Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1321; Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 26.

⁵⁶ Vgl. dazu auch die Ausführungen über Dauer und Intensität einer Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB: Viertes Kapitel, B. III.

nachgegangen. Es ist darüber hinaus auch vorstellbar, entsprechende Erwägungen in den Begriff der Freiheitsentziehung einzubringen. Anggeführt werden kann dazu eine betreuungsrechtliche Entscheidung des OLG Hamm.⁵⁷ Dort heißt es: "Sicherungsmaßnahmen der hier in Rede stehenden Art (Bettgitter, Bauchgurt) können deshalb begrifflich[!] nicht zu einer Freiheitsentziehung bei einem Betreuten führen, der sich aufgrund körperlicher Gebrechen ohnehin nicht mehr fortbewegen kann oder aufgrund geistigen Gebrechens zur Bildung eines natürlichen Willens im Hinblick auf eine Fortbewegung nicht mehr in der Lage ist (im vorliegenden Fall allenfalls unwillkürliche Handlungen)."⁵⁸

Freiheitsentziehung ist demnach auch von den Fähigkeiten des von ihr Betroffenen abhängig, von seiner körperlichen und geistigen Konstitution. Diese Annahme des OLG Hamm ist zu unterstützen. Dass in der Kommentierung des Begriffs bei Art. 104 GG, soweit ersichtlich, entsprechende Erwägungen nicht berücksichtigt wurden, liegt wohl daran, dass bisher in der Kasuistik Opfer mit soweit geminderten geistigen oder körperlichen Fähigkeiten nicht vorgekommen sind. Ein polizeiliches oder sonstwie staatliches Vorgehen gegen gebrechliche, alte Menschen ist schließlich schwer vorstellbar.

Die Entscheidung des OLG Hamm bedarf allerdings noch einer Klarstellung: Es ist richtig, dass die Mittel hier, Bettgitter und Bauchgurt, nicht freiheitsentziehend wirken, wenn sich der Betroffene wegen körperlicher Gebrechen nicht fortbewegen kann. Es fehlt die Kausalität zwischen Mittel und Erfolg. Jedoch könnte man die Entscheidung insofern missverstehen, dass körperliche Fortbewegungsunfähigkeit zwangsläufig eine Freiheitsentziehung ausschließt. Dieser Schluss ist falsch. Körperliche Gebrechen hindern die Freiheitsentziehung nicht prinzipiell. Durch die Wegnahme oder das Vorenthalten von Bewegungshilfen, beispielsweise einem Rollstuhl, kann auch einem ansonsten Fortbewegungsunfähigem die Fortbewegungsfreiheit entzogen werden.⁵⁹ Anders ist dies bei den vom OLG Hamm ebenfalls aufgeführten geistigen Gebrechen, nicht mehr eines natürlichen Fortbewegungswillens fähig zu sein.⁶⁰ Solche erheblichen geistigen Mängel schließen eine Freiheitsentziehung

⁵⁷ OLG Hamm, Beschl. v. 7.10.1993 - 15 W 168/93, FamRZ 1994, 1270. Vgl. bereits OLG Hamm, Beschl. v. 22.06.1993 - ZS, 15 W 145/93, FamRZ 1993, 1490. Ähnlich auch: Stolz, Medizin u. Recht bei der Behandlung, Pflege und Betreuung demenzkranker Menschen, Referat v. 39. Kongress der BezirksÄK Nordwürttemberg 2004; MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 37; Stolz, FamRZ 1993, 642, 645. Vgl. auch Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 37f. Kritisch dazu: LG Frankfurt, Beschl. v. 17.12.1992 - 2/9 T 994/92, FamRZ 1993, 601.

⁵⁸ OLG Hamm, Beschl. v. 7.10.1993 - 15 W 168/93, FamRZ 1994, 1270, 1271.

⁵⁹ Ausführlich dazu: Zweites Kapitel, C.

⁶⁰ Vgl. dazu auch OLG Hamm, Beschl. v. 22.06.1993 - ZS, 15 W 145/93, FamRZ 1993, 1490, 1491f.

zwangsläufig aus. Ein Eingriff, der neben der in der Person liegenden Unfähigkeit noch eine Freiheitsentziehung bewirken könnte, ist unvorstellbar. Der Ausschluss geistig nicht fortbewegungsfähiger Menschen zeigt sich wiederum als eine Feststellung der Kausalität: Freiheitsentziehung liegt nicht vor, wenn sie nicht ursächlich ist für die allseitige Fortbewegungshinderung, sondern Ursache dafür ein geistiges Gebrechen des Betroffenen selbst ist.

IV. Fazit

Grundsätzlich ist Freiheitsentziehung die allseitige Fortbewegungseinschränkung des Betroffenen unter Zwang. Ausnahmen bestehen dabei in zweierlei Hinsicht: Erstens, wenn die Gesamtsituation aufgrund der Intensität des Eingriffs mit einer bloßen Freiheitsbeschränkung vergleichbar ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn dem Betroffenen, umgeben von einer allseitigen Fortbewegungseinschränkung, noch ein Fortbewegungsraum verbleibt und die Fortbewegungseinschränkung nur von kurzer Dauer ist. Zweitens ist der Begriff im Kontext zum Opfer zu sehen.⁶¹ Weist der Betroffene solche geistigen Gebrechen auf, dass er nicht die Fähigkeit hat, einen Fortbewegungswillen bilden zu können, er also geistig fortbewegungsunfähig ist, steht die geistige Unfähigkeit der Freiheitsentziehung zwangsläufig entgegen.

B. Das Grundrecht der Fortbewegungsfreiheit und seine Verfahrensgarantien

Der Begriff Freiheitsentziehung ist maßgeblich von Art. 104 GG geprägt. In der Literatur wird in Bezug auf freiheitsentziehende Maßnahmen häufig auf die verfassungsrechtlichen Garantien des Art. 104 II GG hingewiesen, d.h. das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage sowie der richterlichen Genehmigungspflicht, darüber hinaus generell auf das Grundrecht der Altenheimbewohner auf Bewegungsfreiheit nach Art. 2 II 2, 104 GG^{62, 63}. Sind also

⁶¹ Ausführlich dazu auch: Zweites Kapitel, D.

⁶² Art. 104 GG und Art. 2 GG stehen in einem systematischen Bezug zueinander: Art. 2 II 2 GG nennt die materiellen Grundrechtsgrenzen, Art. 104 I, II, III GG wiederholt, verstärkt und ergänzt sie in verfahrensrechtlicher Hinsicht, s. Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 21; Hantel, JuS 1990, 865, 866; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 11. Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren: Kracht, DVBl 1950, 517, 518f.

⁶³ Vgl. etwa Güthling, Freiheitsentziehende Maßnahmen im Betreuungsrecht, S. 2ff; Walther, BtPrax 2001, 96, 99; Schumacher, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 85; Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 17; Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 81ff; Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 28; Klie, Altenheim 1984, 194, 197.

freiheitsentziehende Maßnahmen als Anwendungen des Art. 104 II GG anzusehen und als ein Eingriff in das Grundrecht der Fortbewegungsfreiheit der Heimbewohner?

Dies wäre überaus problematisch. Wie im folgenden dargelegt wird, muss das Verhältnis zwischen freiheitsentziehenden Maßnahmen und Art. 104 GG weitaus differenzierter betrachtet werden. Letztendlich, und das ist die besondere Relevanz der folgenden Ausführungen, entscheidet sich hier die Legitimität freiheitsentziehender Maßnahmen: Als Unterfälle von Art. 104 GG bedürften sie einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage und der Genehmigung durch einen Richter.

I. Art. 2 II 2, 104 GG als Abwehrrechte gegenüber dem Pflegepersonal?

Heimbewohner sind in ihrer Fortbewegungsfreiheit nach Art. 2 II 2, 104 GG geschützt. Dies ist selbstverständlich. Es darf aber nicht übersehen werden, dass dieser Schutz nicht gegenüber jeder Person greift. Grundsätzlich besteht er nur gegenüber staatlichen Eingriffen, gegen solche Eingriffe also, dessen Subjekte Amtsträger sind.⁶⁴ Dies ist in einem Altenpflegeheim gerade nicht der Fall: Freiheitsentziehende Maßnahmen sind dort Eingriffe durch das Pflegepersonal. Die Pflegenden sind keine Amtsträger und haben keine hoheitlichen Befugnisse. Sie sind Private. Dies gilt ganz gleich, ob das Heim in privat- oder öffentlichrechtlicher Trägerschaft steht.⁶⁵

Vor Eingriffen des Pflegepersonals schützt Art. 104 GG also nicht, geht man von der traditionellen Ausprägung der Grundrechte als Schutz- und Abwehrrechte gegenüber staatlichem Handeln aus.⁶⁶ So stehen Freiheitsentziehungen durch Private, im Folgenden als private Freiheitsentziehungen bezeichnet, nicht unter Richter- oder Gesetzesvorbehalt nach Art. 104 GG. Private Freiheitsentziehungen müssen daher weder durch einen Richter genehmigt werden, noch bedürfen sie einer gesetzlichen Grundlage.⁶⁷ Hier muss das Strafrecht alleine greifen. Eine solche klassische Auslegung der Wirkung der Grundrechte ist nach Rechtsprechung und Literatur nicht mehr generell geboten.⁶⁸ Unter den Schlagwörtern

⁶⁴ Sax, JZ 1959, 778, 778; Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 2; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 16.

⁶⁵ Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 11; Steffen, Arztrecht 1994, 179, 180; Holzhauer, FuR 1992, 249, 258.

⁶⁶ Vgl. dazu auch allgemein: Hofmann, NJW 1989, 3177, 3185.

⁶⁷ Vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 198f.

⁶⁸ Erichsen, Jura 1996, 527, 528; Hofmann, NJW 1989, 3177, 3185.

"objektive Werteordnung"⁶⁹, "mittelbare Drittwirkung"⁷⁰ bis hin zur "unmittelbaren Drittwirkung"⁷¹ ist für viele Grundrechte eine erweiterte Wirkung etabliert; Grundrechte bleiben in dem Verhältnis Bürger gegenüber Bürger nicht mehr außen vor. Dies trifft auch auf Art. 2 II 2, 104 GG zu.⁷² Es ist der Ansatzpunkt, wie eine freiheitsentziehende Maßnahme, die durch das privatrechtliche Pflegepersonal vorgenommen wird, mit Art. 104 GG in Verbindung gebracht werden kann.

II. Mittelbare Drittwirkung

Das BVerfG stellte in der berühmten "Lüth-Entscheidung"⁷³ erstmals eine Relevanz des Grundrechts der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I GG zwischen Privaten fest. Die Verfassungsrichter übertrugen diesen Grundsatz zwei Jahre später, im Jahre 1960, auf Art. 104 GG.⁷⁴ Seitdem gilt das Grundrecht der Fortbewegungsfreiheit nach Art. 2 II 2, 104 GG als eine "verfassungsrechtliche Grundsatznorm", die eine "objektive Werteentscheidung" enthält, die für alle Bereiche des Rechts bindend ist.⁷⁵ Das Grundrecht der Fortbewegungsfreiheit entfaltet demnach eine "mittelbare Drittwirkung" auf die Parteien in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, zivilrechtliche Normen sind im „Geiste des Grundrechts“ nach Art. 104 GG auszulegen und anzuwenden.⁷⁶

Jüngst hat der BGH in einer Schadensersatzklage,⁷⁷ einer zivilrechtlichen Streitigkeit im Zusammenhang mit freiheitsentziehenden Maßnahmen, auf die Grundrechte der Heimbewohner hingewiesen. Darin hat der BGH die Sicherungspflicht der Heimträger gegenüber den Heimbewohnern relativiert: Freiheitsentziehende Maßnahmen sind ultima ratio. Aufgrund des Grundrechts der Fortbewegungsfreiheit und der Würde der Heimbewohner kann vom Heimträger nicht verlangt werden, dass Heimbewohner dauerhaft freiheitsentziehenden Maßnahmen ausgesetzt werden, um sie pauschal vor Verletzungen zu

⁶⁹ BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 - 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

⁷⁰ Etwa bei: Erichsen, Jura 1996, 527.

⁷¹ Erichsen, Jura 1996, 527, 528.

⁷² S. insbesondere: BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302. S. etwa auch m.w.N.: SachsGGKommentar-Degenhart, Art. 104, Rn. 7.

⁷³ BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 - 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302.

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 322.

⁷⁶ Vgl. auch Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 4.

⁷⁷ BGH, Urt. v. 28.04.2005 - III ZR 399/04, NJW 2005, 1937. S. auch BGH, Urt. v. 14.07.2005 - III ZR 391/04, MedR 2005, 721.

schützen. Mit anderen Worten darf sich das Lebensrisiko des Alters verwirklichen, ohne dass dies zwingend haftungsrechtliche Konsequenzen für den Heimträger hat. Dies ist eine Entscheidung unter Berücksichtigung der mittelbaren Drittwirkung des Art. 104 GG, deren Auswirkungen auf den Alltag in einem Pflegeheim abzuwarten bleiben. Zumindest aber schafft diese Entscheidung die Grundlage für ein Signal an die einzelne Pflegekraft, dass der in Anbetracht von Schadensersatzansprüchen bestehende Druck zur Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen minimiert ist.⁷⁸

Eine weitere Ausstrahlungswirkung betrifft das Strafrecht: Die Fortbewegungsfreiheit als eine objektive Werteentscheidung fällt bei der Beurteilung der strafrechtlichen Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung umso mehr ins Gewicht.⁷⁹ Dem wird im Siebten Kapitel nachgegangen.

Mittelbare Drittwirkung führt aber nicht dazu, dass jede freiheitsentziehende Maßnahme in einem Altenpflegeheim einer richterlichen Genehmigung bedarf. Mit ihr lässt sich die in der Literatur⁸⁰ häufig wie selbstverständlich angenommene richterliche Genehmigungspflicht nicht erklären.

III. Unmittelbare Drittwirkung

Die stärkste Anbindung freiheitsentziehender Maßnahmen durch das Pflegepersonal an Art. 2 II 2, 104 GG geschieht im Wege einer unmittelbaren Drittwirkung. Eine unmittelbare Drittwirkung bedeutet, dass die Handlungen des Pflegepersonals wie diejenigen von Amtsträgern an Art. 104 GG zu messen sind.⁸¹ In diesem Fall wäre analog zum Vorgehen der Polizei für alle freiheitsentziehenden Maßnahmen eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage und deren Genehmigung durch einen Richter erforderlich; andernfalls wäre der Eingriff verfassungswidrig. Die unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts der Fortbewegungsfreiheit stellt die höchsten rechtlichen Anforderungen an freiheitsentziehende Maßnahmen.

⁷⁸ So auch: Lang, NJW 2005, 1905. Vgl. auch bereits: OLG Schleswig, Urt. v. 18.06.2004 - 1 U 8/04, NJOZ 2004, 2766. Kritisch dazu: Schultze-Zeu, MedR 2005, 696, 700.

⁷⁹ S. auch Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 55.

⁸⁰ S. Fn 64.

⁸¹ Vgl. Erichsen, Jura 1996, 527, 528.

Im Betreuungsrecht hat der Gesetzgeber diese Möglichkeit bereits vorgesehen. Nach § 1906 IV BGB muss der Betreuer bei Vornahme oder Anordnung freiheitsentziehender Maßnahmen bei seinem Betreuten eine richterliche Genehmigung einholen.⁸² Diese Pflicht betrifft nur bestimmte freiheitsentziehende Maßnahmen,⁸³ vor allem nur solche gegenüber Heimbewohnern in einem rechtlichen Betreuungsverhältnis nach § 1896 I BGB.⁸⁴ Unmittelbare Drittwirkung des Art. 104 GG ist demgegenüber ein weiterer Schritt, da auch außerhalb rechtlicher Betreuungsverhältnisse das Pflegepersonal und Heimbewohner eingebunden wären.

Zur unmittelbaren Drittwirkung freiheitsentziehender Maßnahmen im Gesundheitswesen findet man gelegentlich den Hinweis auf eine Entscheidung des BVerfG⁸⁵. Diese Entscheidung aus dem Jahr 1960 betraf die Erforderlichkeit einer richterlichen Entscheidung bei einer Anstaltsunterbringung nach dem damaligen Vormundschaftsrecht. Man liest hierzu, was leicht misszuverstehen ist, dass mit dieser Entscheidung des BVerfG alle fürsorglichen Freiheitsentziehungen unter dem Richtervorbehalt im Sinne des Art. 104 GG stünden, also auch solche durch Privatpersonen.⁸⁶ Wäre dem so, entspräche es einer unmittelbaren Drittwirkung des Art. 104 GG für fürsorgliche Freiheitsentziehungen.

Eine derartige Pauschalisierung ist falsch. Das BVerfG stellt lediglich klar, dass Art. 104 GG auch auf Fälle fürsorglicher Freiheitsentziehung anwendbar ist.⁸⁷ Damit ist nicht gleichzeitig gesagt, dass jede fürsorgliche Freiheitsentziehung ein Fall des Art. 104 GG ist und daher unter Richtervorbehalt steht. Zudem wären andernfalls die Ausführungen des BVerfG über den Täter der Freiheitsentziehung⁸⁸ überflüssig, hier der Vormund nach dem damaligen Vormundschaftsrecht, wenn schon alleine das Motiv Fürsorge den Eingriff als solchen im Sinne des Art. 104 GG erscheinen ließe. Ebenso überflüssig wären die

⁸² Vgl. etwa: LG Köln, Beschl. v. 27.04.1992 - 1 T 117/92, FamRZ 1993, 110; Dodegge, MDR 1992, 437, 440; Schwab, FamRZ 1990, 681, 684.

⁸³ Dodegge, NJW 2007, 2673, 2677; HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 48; Stolz, FamRZ 1993, 642, 645.

⁸⁴ "Für freiheitsbeschränkende Maßnahmen gegenüber Nichtbetreuten lässt der Entwurf also die geltende Rechtslage unberührt", BT-Dr.11/4528-Anlage3, S. 229. S. auch Palandt-Diederichsen, § 1906 BGB, Rn. 23.

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302.

⁸⁶ Schumacher, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 20. Vgl. auch: Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 3; Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 98.

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 322 und 324.

⁸⁸ S. BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 324ff und 328.

Ausführungen in dieser Entscheidung zur mittelbaren Drittwirkung des Art. 104 GG.⁸⁹ Eine Auslegung der Entscheidung, durch die weite Teile der Urteilsbegründung überflüssig werden, kann von den Verfassungsrichtern nicht beabsichtigt gewesen sein.

Weder das BVerfG noch ein anderes Gericht haben bisher eine unmittelbare Drittwirkung der Art. 2 II 2, 104 GG für die Bediensteten in Altenpflegeheimen festgestellt.⁹⁰

Die Frage der unmittelbaren Drittwirkung der Art. 2 II 2, 104 GG erörterte Sax⁹¹ eindringlich schon im Jahr 1959. An seiner Einschätzung, dass eine Geltung des Art. 104 GG zwischen Einzelpersonen widersinnig und mangels Ordnungskraft unverbindlich sei, hat sich bis heute grundsätzlich nichts geändert. Er begründet seine Auffassung mit der Unmöglichkeit, die unzähligen Freiheitsentziehungen von Privatpersonen gegen andere Privatpersonen, etwa bestimmte Erziehungsmaßnahmen von Eltern gegenüber ihren Kindern, einer richterlichen Genehmigung zu unterwerfen.⁹² Hier lassen sich viele weitere Beispiele bilden.⁹³ Aus der faktischen Notwendigkeit heraus wird zwingend, dass Art. 104 GG keine generelle Drittwirkung zwischen Privaten entfalten kann.

Damit ist nicht gesagt, dass in die Altenpflege eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 104 GG nicht doch durch die Justiz bewältigt werden kann. Ein Beispiel dafür ist die zum Betreuungsrecht gehörende Pflicht des Betreuers, unter Umständen nach § 1906 IV BGB freiheitsentziehende Maßnahmen durch einen Vormundschaftsrichter genehmigen zu lassen: So sind in Deutschland alleine im Jahr 2006 über 82 000 freiheitsentziehende Maßnahmen durch Richter beurteilt worden.⁹⁴

§ 1906 IV BGB hat die Frage der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 104 GG insofern entschärft, als durch diese Vorschrift eine beachtliche Zahl freiheitsentziehender Maßnahmen einer Kontrolle durch die Justiz zugänglich ist, auch wenn sie nicht alle freiheitsentziehenden Maßnahmen in der Altenpflege erfasst⁹⁵. Ob der Gesetzgeber hier weiter tätig werden muss, werden zukünftige Gerichtsurteile über die Drittwirkung des Art. 104 GG zeigen. Letztlich ist

⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 322.

⁹⁰ So auch: Lang, NJW 2005, 1905, 1906.

⁹¹ Sax, JZ 1959, 778.

⁹² Sax, JZ 1959, 778.

⁹³ Vgl. etwa auch: Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, S. 224.

⁹⁴ Bundesministerium der Justiz (BMJ), Verfahren nach dem Betreuungsgesetz von 1992 bis 2006, 2007, S. 2.

dies eine Frage des Bedürfnisses, die Fortbewegungsfreiheit der Bürger, hier der Altenheimbewohner, zu schützen, insbesondere in einer dem Status der Fortbewegungsfreiheit als einer objektiven Werteentscheidung angemessenen Art und Weise.⁹⁶ Bisweilen bleibt es aber dabei: Aufgrund der Rechtsstellung der Pflegekräfte ist die freiheitsentziehende Maßnahme an einem Heimbewohner eine private Freiheitsentziehung, die nicht dem Anwendungsbereich der Art. 2 II 2, 104 GG unterfällt. Eine Gleichstellung des Pflegepersonals mit Amtsträgern durch eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 104 GG ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt in der Rechtsprechung nicht zu erkennen. Eine gegenteilige Ansicht in der Literatur ist zudem nicht ersichtlich.

IV. Beteiligung eines Betreuers

Pflegekräfte führen in Altenheimen die freiheitsentziehenden Maßnahmen durch. Sie handeln dabei nicht aus eigener Machtvollkommenheit. Im Vorfeld sind weitere Personen an freiheitsentziehenden Maßnahmen beteiligt. Es ist generelle Praxis, dass das Pflegepersonal über solche Maßnahmen nicht alleine entscheidet. Neben Ärzten⁹⁷ können die Heimleitung und Angehörige involviert sein.⁹⁸ Aber auch staatliche Institutionen können an der Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen beteiligt sein, etwa Gerichte oder Personen, die als Betreuer im Sinne des §§ 1896, 1897 BGB eingesetzt sind.⁹⁹ Freiheitsentziehende Maßnahmen können dabei eine öffentlich-rechtliche Freiheitsentziehung darstellen und damit eng an Art. 104 GG gebunden sein, auch wenn sie letztlich von Privaten durchgeführt werden.¹⁰⁰

Es sind die Fälle, in denen freiheitsentziehende Maßnahmen als eine Art Amtshilfe erscheinen. Beispiel dafür ist die Psychiatrie. Sind Patienten in psychiatrischer Behandlung in geschlossenen Einrichtungen untergebracht, dann vollzieht das Pflegepersonal diese freiheitsentziehende Maßnahme. Die Entscheidung darüber trafen jedoch Amtsträger: Eine

⁹⁵ Vgl. ausführlich zum Anwendungsbereich des § 1906 IV BGB: Fünftes Kapitel, B., I., 1.

⁹⁶ Vgl. dazu auch allgemein Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 53ff.

⁹⁷ S. etwa Landeswohlfahrtsverband (LWV) Hessen, Richtlinie (Dienstanweisung) für die Fixierung oder andere erhebliche Bewegungseinschränkungen von Patienten in den Krankenhäusern und Kliniken des LWV Hessen, 2.2: Freiheitsentziehende Maßnahmen sind in Einrichtungen des LWV grundsätzlich durch einen Arzt anzuordnen.

⁹⁸ Steffen, Arztrecht 1994, 179, 180.

⁹⁹ Vgl. dazu auch: Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 108ff; Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1321.

¹⁰⁰ Vgl. auch Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 28f; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 16.

öffentlich-rechtliche Unterbringung wurde von der zuständigen Behörde angeordnet und durch einen Richter genehmigt.¹⁰¹

Nur weil sie im letzten Schritt vom Pflegepersonal vollzogen werden, kann hier und bei allen anderen freiheitsentziehenden Maßnahmen in der Entscheidungsgewalt staatlicher Institutionen nicht mehr von einer privaten Freiheitsentziehung gesprochen werden. Es handelt sich dabei um öffentlich-rechtliche Freiheitsentziehungen. Denn es gilt der Grundsatz, dass Amtsträger sich ihrer Pflicht nicht entziehen können, wenn sie sich Privater bedienen. Andernfalls würde die Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte unterlaufen.¹⁰²

Überträgt man dies auf die Situation in Altenpflegeheime, bleibt zu klären, ob dort Amtsträger in der Weise in freiheitsentziehende Maßnahmen involviert sind, dass es sich dann um öffentlich-rechtliche Freiheitsentziehungen handelt. "Amtsnähe" bei freiheitsentziehenden Maßnahmen in Altenpflegeheimen liegt vor, wenn das Pflegepersonal diese an unter Betreuung stehenden Heimbewohnern durchführt. Die richterliche Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen nach § 1906 IV BGB wurde bereits erwähnt. Das Bindeglied zwischen privatem und öffentlich-rechtlichem Freiheitsentzug liegt aber genau genommen an anderer Stelle, nicht beim Betreuungsgericht, sondern beim Betreuer selbst. Die Vorschrift des § 1906 IV BGB betrifft das betreuungsrechtliche Verfahren, also das rechtliche Verhältnis zwischen Betreuer und Betreutem, nicht das Verhältnis zum Pflegepersonal; das Pflegepersonal bleibt außen vor.¹⁰³

Der Betreuer ist nach ganz herrschender Ansicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen.¹⁰⁴ Der Begriff Amtsträger ist dabei zu vermeiden. Im eigentlichen Sinne handelt es sich beim Betreuer um eine Privatperson.¹⁰⁵ Der rechtliche Rahmen in dem er handelt, das Betreuungsrecht, ist eine zivilrechtliche Regelung. Dennoch besteht weitgehend Konsens darüber, dass der Betreuer gegenüber dem Betreuten an die Grundrechte gebunden ist, so als

¹⁰¹ Vgl. Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 98; Wigge, MedR 1996, 291, 293.

¹⁰² Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1321; Schumacher, FamRZ 1991, 280, 282; BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 327.

¹⁰³ Gernhuber, Familienrecht; Lipp, Freiheit und Fürsorge. Vgl. auch BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277, 1280.

¹⁰⁴ S. insb.: BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 328. Darüber hinaus m.w.N.: BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277, 1279; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 3ff; BGH, Beschl. v. 11.10.2000 - XII ZB 69/00, NJW 2001, 888, 891; Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1321; Pardey, FamRZ 1995, 713, 716f. A.A.: Lipp, BtPrax 2006, 62, 64; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 120.

¹⁰⁵ Gernhuber, Familienrecht, S. 967f.

wäre er Amtsträger. Dahinter steckt die Einordnung des Betreuungswesens als Aufgabe der staatlichen Fürsorge.¹⁰⁶ Hier schlägt sich wiederum der Gedanke nieder, dass der Staat sich der daraus entstehenden Pflichten nicht entledigen kann, indem er sich der Hilfe von Privatpersonen bedient.¹⁰⁷ Darüber hinaus beruht der Amtscharakter des Betreuers auf seinem Einsetzungsakt und der damit verbundenen Legitimation: Der Betreuer wird durch das Betreuungsgericht bestellt.¹⁰⁸ Hiermit wird einem Privaten eine hoheitliche Aufgabe der öffentlichen Fürsorge anvertraut.¹⁰⁹ Ihm stehen dabei sogar Gewaltbefugnisse zu.¹¹⁰ Dagegen erscheint die zivilrechtliche Ausgestaltung des Betreuungsrechts nebensächlich.¹¹¹ Die Rechtsposition des Betreuers wird von ihrem öffentlich-rechtlichen Charakter dominiert. Wenn auch nicht Amtsträger im formellen Sinne, so ist der Betreuer aus materieller Sicht ein "Quasi-Amtsträger".

Aus diesen Gründen ist die vom Betreuer veranlasste Freiheitsentziehung eine öffentlich-rechtliche, sie muss sich daher an den Anforderungen des Art. 104 GG messen lassen. Nun nimmt der Betreuer in einem Altenpflegeheim eine freiheitsentziehende Maßnahme nicht selbst vor. Er bedient sich dazu des Pflegepersonals. Ihm gegenüber genehmigt er die freiheitsentziehende Maßnahme. Das Pflegepersonal führt sie durch. Dadurch verliert diese freiheitsentziehende Maßnahme aber nicht ihren Charakter als eine öffentlich-rechtliche Freiheitsentziehung.¹¹²

C. Normierung freiheitsentziehender Maßnahmen

Eine öffentlich-rechtliche Freiheitsentziehung erfordert nach Art. 104 I GG eine gesetzliche Grundlage und die Genehmigung durch einen Richter. In den vorangegangenen Erörterungen ist bereits auf § 1906 IV BGB hingewiesen worden. Neben § 1906 IV BGB gibt es zwei weitere Vorschriften, die freiheitsentziehende Maßnahmen im Gesundheitswesen betreffen und die als Rechtsgrundlage für eine öffentlich-rechtliche Freiheitsentziehung in Betracht

¹⁰⁶ Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 3; BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 311.

¹⁰⁷ Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1321; Schumacher, FamRZ 1991, 280, 282.

¹⁰⁸ Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 201f; HK-BUR-Bauer, § 1896 BGB, Rn. 1a.

¹⁰⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302. Vgl. dazu auch Pawlowski, JZ 2004, 13, 15.

¹¹⁰ HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 26; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 308. Vgl. auch Dodegge, NJW 2006, 1627; MünchKommBGB-Schwab, § 1896 BGB, Rn. 64.

¹¹¹ Vgl. dazu auch: Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1321; Pardey, FamRZ 1995, 713, 716f.

¹¹² Zu welcher Konsequenzen dies führt: s. Kapitel Fünf, B., II und Kapitel Sieben, B.

kommen.¹¹³ Zum einen in der öffentlich-rechtliche Unterbringung nach den landesrechtlichen Unterbringungsgesetzen¹¹⁴ und zum anderen die zivilrechtliche Unterbringung nach § 1906 I BGB.¹¹⁵ Da man § 1906 I BGB als betreuungsrechtliche Vorschrift dem Öffentlichen Recht zuordnet,¹¹⁶ ist die Bezeichnung als zivilrechtliche Unterbringung irreführend. Auch § 1906 IV BGB ist eine betreuungsrechtliche Norm, man bezeichnet diese Vorschrift als unterbringungsähnliche Maßnahme.¹¹⁷

Welche der Vorschriften im Einzelfall einschlägig ist, richtet sich nach dem Motiv der freiheitsentziehenden Maßnahme, dem Mittel und dem Ort, an dem sie durchgeführt wird. Am häufigsten sind dabei freiheitsentziehende Maßnahmen in der Altenpflege dem Anwendungsbereich der unterbringungsähnlichen Maßnahmen nach § 1906 IV BGB zuzuordnen, die öffentlich-rechtliche Unterbringung hat dagegen in einem Altenpflegeheim keine spezifische Bedeutung.¹¹⁸

- Motiv der öffentlich-rechtlichen Unterbringung sind der Schutz Dritter und die Interessen der Allgemeinheit.¹¹⁹ Dies unterscheidet sie von der zivilrechtlichen Unterbringung und den unterbringungsähnlichen Maßnahmen. Deren Motiv liegt gemäß §§ 1901 II, 1906 I BGB alleine in der Fürsorge um den von der Maßnahme Betroffenen, sie sind also nicht einschlägig, wenn die freiheitsentziehende Maßnahme wegen Drittgefährdung vorgenommen wird.¹²⁰ Die Drittgefährdung ist damit ein wichtiger Anhaltspunkt für die Wahl der Rechtsgrundlage. Übergriffe von Heimbewohnern gegen Mitbewohner und Pflegekräfte sind nicht vom Anwendungsbereich des § 1906 BGB gedeckt.¹²¹
- Die Mittel der Unterbringungsarten, also der öffentlich-rechtlichen und der zivilrechtlichen Unterbringung, gleichen sich insofern, als der Betroffene in einer

¹¹³ Vgl. Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 23ff.

¹¹⁴ In Hessen etwa das Hessische Freiheitsentzugsgesetz (FEG), Gesetz über die Entziehung der Freiheit geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen. Vgl. zu den anderen Bundesländern die Übersicht bei: Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 6.

¹¹⁵ Vgl. Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 1f; Wigge, MedR 1996, 291.

¹¹⁶ S. etwa Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1321; Pardey, FamRZ 1995, 713, 716f. Vgl. auch Erstes Kapitel, B. IV.

¹¹⁷ MünchKommBGB-Wagenitz, § 1800 BGB, Rn. 27; Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 68.

¹¹⁸ Vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), Erster Bericht über die Situation der Heime, 2006. S. auch HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 59c.

¹¹⁹ Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 80f; Neumann, NJW 1982, 2588, 2589.

¹²⁰ Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 81; HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 41; Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 25f; Wigge, MedR 1996, 291, 292.

Einrichtung festgehalten wird. Auf diese Einrichtung ist der Bewegungsraum des Betroffenen begrenzt. Der Begriff Einrichtung ist dabei weit zu verstehen. Meistens handelt es sich dabei um eine einzelne Abteilung oder Station, aber auch Gebäudekomplexe mit Außenanlagen können darunter fallen.¹²²

Bei zusätzlichen Bewegungseinschränkungen innerhalb der Einrichtung, etwa Fixierungen, unterscheidet sich die Reichweite der Rechtsgrundlagen der öffentlich-rechtlichen und der zivilrechtlichen Unterbringung. Die öffentlich-rechtliche Unterbringung legitimiert umfassend: Sie deckt Fixierungen und andere Einschränkungen innerhalb der Einrichtung ab. Für sie genügt nach ganz herrschender Meinung aber nicht die bloße zivilrechtliche Unterbringung.¹²³

Unterbringungsähnliche Maßnahmen sind nach § 1906 IV BGB mittelunabhängig.¹²⁴ Das Festhalten einer Person in einer Einrichtung kann eine solche Maßnahme sein, genauso zusätzliche Einschränkungen wie Fixierungen.¹²⁵ Letzteres unterscheidet sie insbesondere von der zivilrechtlichen Unterbringung.

Umgekehrt gilt aber, dass jedes Mittel der zivilrechtlichen Unterbringung zugleich auch ein Mittel einer unterbringungsähnlichen Maßnahme ist.¹²⁶ Aufgrund ihrer Mittelunabhängigkeit fällt das Festhalten einer Person in einer Einrichtung also ebenso in den Anwendungsbereich unterbringungsähnlicher Maßnahme nach § 1906 IV BGB. Der Unterschied zwischen der zivilrechtlichen Unterbringung und den unterbringungsähnlichen Maßnahmen steckt dabei im Detail, im gerichtlichen Unterbringungsverfahren. Nach § 321 II FamFG weisen unterbringungsähnliche Maßnahmen geringere Verfahrensgarantien auf.¹²⁷ Sie bedürfen eines einfachen ärztlichen Zeugnisses, während für die zivilrechtliche Unterbringung das deutlich

¹²¹ Vgl. auch Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 25.

¹²² MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 2; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 232. Vgl. auch Arnold, FuR 1996, 263, 264.

¹²³ HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 46f. Vgl. dazu auch Schumacher, FS für Wessels, 431, 446f.

¹²⁴ Vgl. Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 78.

¹²⁵ Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 68. Vgl. auch HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 48ff. Vgl. auch Fünftes Kapitel, B. I. 1.

¹²⁶ Vgl. auch Wigge, MedR 1996, 291, 292.

¹²⁷ Zur entsprechenden Regelung § 70e FGG, die mit Wirkung vom 01.09.2009 durch das FGG-ReformG aufgehoben wurde: S. Wigge, MedR 1996, 291, 291ff.

aufwändigere fachärztliche Gutachten einzuholen ist.¹²⁸ Konsequenz ist, dass bei gleichen Mitteln eine Unterbringung nicht durch unterbringungsähnliche Maßnahmen zu ersetzen ist, da andernfalls die höheren Verfahrensanforderungen der Unterbringung unterlaufen werden. Durch diese unterschiedlichen Verfahrensregelungen misst der Gesetzgeber quantitativ der Unterbringung einen höheren Stellenwert zu. Bezogen auf den verbleibenden Bewegungsraum spiegelt sich dies in der Realität nicht wider, insofern können unterbringungsähnliche Maßnahmen die intensiveren Freiheitsentziehungen sein. Der Grund liegt woanders, er liegt in der Absolutheit einer Unterbringung: Unterbringungsähnliche Maßnahmen sind von zeitlichen Unterbrechungen bestimmt, die Freiheitsentziehung der Unterbringung ist dagegen dauerhaft angelegt. Letztlich mögen auch historische Gründe für die Unterscheidung sprechen, denn ursprünglich existierte in Deutschland nur das Unterbringungswesen.¹²⁹ Erst mit Einführung des Betreuungsrechts im Jahre 1992 erfolgte eine Normierung der unterbringungsähnlichen Maßnahmen.¹³⁰

- Für alle diese drei normierten Formen freiheitsentziehender Maßnahmen gilt, dass ihr Anwendungsbereich örtlich eingegrenzt ist. Am stärksten trifft dies auf die öffentlich-rechtliche Unterbringung zu. In den jeweiligen Bundesländern sind die Einrichtungen für die öffentliche Unterbringung per Rechtsverordnung festgelegt. Nur dort kann sie vollzogen werden. Dabei handelt es sich ausschließlich um Einrichtungen der Psychiatrie.¹³¹ Altenpflegeheime sind dagegen keine Einrichtungen, die für solche Maßnahmen bestimmt sind. Daraus folgt, da nur die öffentlich-rechtliche Unterbringung auch drittschützende freiheitsentziehende Maßnahmen erfasst, dass bei Übergriffen von Heimbewohnern gegenüber Mitbewohnern oder Pflegern keine der speziellen betreuungsrechtlichen Vorschriften über freiheitsentziehende Maßnahmen einschlägig ist.

Hingegen sind die Einrichtungen für die zivilrechtliche Unterbringung und die unterbringungsähnlichen Maßnahmen nicht vorbestimmt.¹³² Aber auch sie sind begrenzt: Ort einer zivilrechtlichen Unterbringung kann ihres Mittels wegen nur eine Einrichtung

¹²⁸ Vgl. auch zu § 70e FGG: Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 68. Vgl. auch Creifelds, Rechtswörterbuch, S. 511ff "Freiheitsentziehung"; Wigge, MedR 1996, 291, 295f.

¹²⁹ Holzhauser, FuR 1992, 249; Schwab, FamRZ 1990, 681, 687; Neumann, NJW 1982, 2588, 2589. Interessant dazu auch: AmtsG Frankfurt/M, Beschl. v. 26.08.1988 - 40 VIII B 27574, FamRZ 1988, 1209; AmtsG Recklinghausen, Beschl. v. 31.03.1987 - C VIII 721, FamRZ 1988, 653.

¹³⁰ Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 69; Dodegge, MDR 1992, 437, 437f.

¹³¹ Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 72ff und 157f.

¹³² Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 72.

mit entsprechenden Vorkehrungen sein, etwa eine geschlossene Abteilung.¹³³ Bei unterbringungsähnlichen Maßnahmen, die grundsätzlich mittelunabhängig überall Anwendung finden könnten, bezieht deren Normierung nach § 1906 IV BGB nur bestimmte Typen von Einrichtungen ein, ausgegrenzt ist dabei der Bereich der häuslichen Pflege.¹³⁴

Zusammenfassend hat der Gesetzgeber mit der betreuungsrechtlichen Vorschrift des § 1906 BGB eine Rechtsgrundlage samt Richtervorbehalt für diejenigen freiheitsentziehenden Maßnahmen in Altenpflegeheimen geschaffen, die einen öffentlich-rechtlichen Freiheitsentzug i.S.d. Art. 104 I GG darstellen. § 1906 BGB lässt dabei nur Maßnahmen aus Anlass einer Selbstgefährdung des Heimbewohners zu, dann aber nach § 1906 IV BGB auch intensive Eingriffe wie Fixierungen.

D. Fazit: Nebeneinander privater und öffentlich-rechtlicher Freiheitsentziehungen

Freiheitsentziehende Maßnahmen in Altenpflegeheimen können sowohl private als auch öffentlich-rechtliche Freiheitsentziehungen sein. Maßgeblich ist dafür, ob nur privatrechtliche Subjekte an ihr beteiligt sind oder ob zusätzlich ein Amtsträger involviert ist.

Auch wenn generell privates Pflegepersonal freiheitsentziehende Maßnahmen vornimmt, handelt es sich dennoch um öffentlich-rechtliche Freiheitsentziehung, wenn dies auf Anweisung des staatlich legitimierten Betreuers geschieht, ein "Quasiamtsträger" also bei der freiheitsentziehenden Maßnahme mitwirkt. Andernfalls ist es eine private Freiheitsentziehung. Letzteres kann auch bei einer unter Betreuung stehenden Heimbewohnerin der Fall sein, wenn der Betreuer an der Entscheidung über die freiheitsentziehende Maßnahme nicht beteiligt ist.

Die Unterscheidung von privaten und öffentlich-rechtlichen freiheitsentziehenden Maßnahmen bestimmt deren Legitimität. Als öffentlich-rechtliche Freiheitsentziehung müssen sie Art. 2 II 2, 104 GG genügen. Es besteht unmittelbare Grundrechtsbindung. Sie bedürfen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage und einer Genehmigung durch einen

¹³³ Vgl. MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 7.

¹³⁴ HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 44f.

Richter. Für private Freiheitsentziehungen setzt das Grundrecht der Fortbewegungsfreiheit bloß eine objektive Werteentscheidung im Zuge seiner mittelbaren Drittwirkung.

Die Vorschrift des § 1906 BGB, die für die zivilrechtliche Unterbringung und die unterbringungsähnliche Maßnahme gilt, stellt die einzige spezielle Rechtsgrundlage für freiheitsentziehende Maßnahmen in Altenpflegeheimen dar. Sie ist gesetzliche Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Freiheitsentzugs samt Richtervorbehalt. § 1906 BGB übt eine Schutzfunktion für die Bewegungsfreiheit des betreuten Heimbewohners aus: Freiheitsentziehende Maßnahmen werden an zwei Genehmigungen geknüpft, die eine doppelte Kontrolle versprechen: Das Pflegepersonal muss für eine freiheitsentziehende Maßnahme am Betreuten die Erlaubnis seines Betreuers einholen, dessen Zustimmung wiederum dem Genehmigungsvorbehalt eines Richters unterliegt. Der Gesetzgeber unterwirft so die grundsätzlich private Freiheitsentziehung durch das Pflegepersonal an einem Betreuten der öffentlich-rechtlichen Freiheitsentziehung, indem er staatlichen Institutionen ein Genehmigungsrecht zuteilt.

Für Heimbewohner, die nicht unter Betreuung stehen, gibt es dagegen keine direkte gesetzliche Grundlage freiheitsentziehender Maßnahmen. Eine Ermächtigungsgrundlage ist nicht zwingend, da es sich eben nicht um öffentlich-rechtliche, sondern um private Freiheitsentziehungen handelt. Ohne eine mit § 1906 BGB vergleichbare spezielle Norm bewegen sich freiheitsentziehende Maßnahmen an Nichtbetreuten aber nicht gleich in einem rechtsfreien Raum. Als private Freiheitsentziehungen richtet sich ihre Legitimität vor allen nach den Schutzgesetzen, die der Gesetzgeber erlassen hat, um "Grundrechtseingriffe" von Bürgern gegen Bürger zu verhindern; im Falle der Bewegungsfreiheit ist dies insbesondere § 239 StGB.¹³⁵ Ob der Staat seiner Schutzpflicht genügt, korreliert dabei mit der Frage der mittelbaren Drittwirkung des Art. 104 GG.

E. Freiheitsentziehende Maßnahmen in der pflegerischen Praxis

Freiheitsentziehende Maßnahmen in der pflegerischen Praxis sind nicht nur weit verbreitet, sie zeigen sich zudem als äußerst vielfältig. Im Folgenden werden die wichtigsten Erhebungen und Fälle freiheitsentziehender Maßnahmen in Altenheimen dargestellt. Neben Bettgitter und Fixierungen gelten auch andere Handhabungen der Pflegekräfte als

freiheitsentziehende Maßnahmen, die aber weit weniger offensichtlich sind. Arzneimittel nehmen dabei eine Sonderstellung ein.

I. Erhebungen über freiheitsentziehende Maßnahmen

In Deutschland leben rund 600 000 alte Menschen in Heimen.¹³⁶ Insgesamt stimmen die Untersuchungen darin überein, dass rund die Hälfte aller Pflegeheimbewohner regelmäßig freiheitsentziehenden Maßnahmen ausgesetzt ist. Nur ein geringer Anteil dessen hat dabei ein betreuungsrechtliches Genehmigungsverfahren nach § 1906 BGB durchlaufen.

1. Die Verbreitung freiheitsentziehender Maßnahmen

Nach der Freiburger Studie beträgt die Anzahl freiheitsentziehender Maßnahmen in Altenpflegeheimen in Deutschland 400 000 pro Tag.¹³⁷ Unter Leitung von *Klie* wurden in einer Stichtagserhebung 26 Altenpflegeheime in Deutschland dahingehend untersucht, wie viele freiheitsentziehende Maßnahmen an einem Tag den Heimbewohnern widerfahren. Im Ergebnis waren es an 3 000 Heimbewohnern 2 200 freiheitsentziehende Maßnahmen. Überträgt man diese Zahl auf alle Pflegeheime in Deutschland, so das Fazit von *Klie*, ist von 350 000 bis 400 000 solcher Maßnahmen in deutschen Altenpflegeheimen pro Tag auszugehen.¹³⁸

In der späteren Münchener Studie¹³⁹ untersuchte *Klie* in den Jahren 2001 und 2002 die Anzahl der von freiheitsentziehenden Maßnahmen betroffenen Heimbewohner, differierend nach mechanischen Mitteln¹⁴⁰ (z.B. Bettgitter oder Fixierungen) und Psychopharmakagabe¹⁴¹, in 31 Altenpflegeheimen in München. Im Ergebnis sind danach an rund 40 Prozent der Heimbewohner freiheitsentziehende Maßnahmen durch mechanische Mittel durchgeführt

¹³⁵ Vgl. Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 53ff.

¹³⁶ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zahlen und Fakten zur Pflegeversicherung (01/05), 2005, S. 2; Heinzelmann, Das Altenheim, S. 35f und 92.

¹³⁷ *Klie*, BtPrax 1998, 50. Darauf wird in Medienberichten oft Bezug genommen, etwa: ARD, Die unmenschliche Dauerfixierung in Pflegeheimen, Report aus München, 18.09.2006; Graupner, SZ vom 11.06.2006; Loerzer, SZ vom 28.04.2003. Kritisch dazu: Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260, 264.

¹³⁸ *Klie*, BtPrax 1998, 50, 53.

¹³⁹ Hoffmann/*Klie*, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 75ff.

¹⁴⁰ Eingehend dazu Erstes Kapitel, E. II.

¹⁴¹ Eingehend dazu Ersters Kapitel, E. III. 3.

worden.¹⁴² Über 50 Prozent der Heimbewohner wurden zudem Psychopharmaka verabreicht.¹⁴³

Weitere Studien wurden von *Hollwig*¹⁴⁴ und von *Wojnar*¹⁴⁵ durchgeführt. Bereits vor der Münchener Studie untersuchte Hollwig im Jahr 1994 die Anzahl der von freiheitsentziehenden Maßnahmen betroffenen Heimbewohner. Bei seiner Untersuchung über einen Zeitraum von 48 Stunden in jeweils sechs Pflegestationen in verschiedenen Altenpflegeheimen kam er zu dem Ergebnis, dass gegenüber 51 Prozent der Heimbewohner solche Maßnahmen vorgenommen werden. Häufigste Maßnahmen waren dabei Bettgitter mit einem Anteil von rund 62 Prozent. Wojnar erhob die Anzahl aller Fixierungen, die im Januar 1989 in allen staatlichen Altenpflegeheimen Hamburgs bei schwer pflegebedürftigen Heimbewohnern durchgeführt wurden. Bei dieser Gruppe von ca. 4 700 Heimbewohnern kam es in einem Monat zu insgesamt 475 Fixierungen. Das entspricht etwa einem Anteil von zehn Prozent, wenn keine Mehrfachfixierungen von Heimbewohnern mitgezählt wurden.

2. Verfahren nach § 1906 IV BGB

Als Teil einer staatlichen Sondererhebung werden bundesweit an allen Vormundschaftsgerichten die Verfahren nach dem Betreuungsgesetz registriert.¹⁴⁶ Im Jahr 2006 gab es rund 83 000 Genehmigungsanträge nach § 1906 IV BGB.

Vergleicht man die Anzahl der jährlichen Verfahren nach § 1906 IV BGB und die Hochrechnung aller freiheitsentziehenden Maßnahmen pro Tag, zeigt sich eine erhebliche Differenz: 400 000 freiheitsentziehende Maßnahmen am Tag(!), demgegenüber fallen im Jahr nur rund 83 000 Verfahren nach § 1906 IV BGB an. Es scheint, als würde nur ein Bruchteil aller freiheitsentziehenden Maßnahmen in Altenpflegeheimen von der richterlichen Kontrolle nach § 1906 IV BGB erreicht werden.

Hierzu ist aber folgendes zu beachten: Da nicht alle freiheitsentziehenden Maßnahmen in den Anwendungsbereich des § 1906 IV BGB fallen, müssen nicht alle Maßnahmen durch

¹⁴² Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 77.

¹⁴³ Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 113.

¹⁴⁴ Hollweg, Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung in Altenpflegeheimen, S.5ff.

¹⁴⁵ Wojnar, BtPrax 1995, S. 12ff.

¹⁴⁶ Bundesministerium der Justiz (BMJ), Verfahren nach dem Betreuungsgesetz von 1992 bis 2006, 2007.

einen Richter genehmigt werden.¹⁴⁷ Ferner darf nicht unterschätzt werden, wie viele freiheitsentziehende Maßnahmen durch 86 000 gerichtliche Verfahren abgedeckt werden können: 90 Prozent der gerichtlichen Genehmigungen erfassen einen längeren Zeitraum, oft zwölf Monate oder länger, in denen die Genehmigung täglich mehrere Maßnahmen vorsehen kann.¹⁴⁸ Eine gerichtliche Genehmigung nach § 1906 IV BGB kann daher im voraus die Genehmigung für mehrere hundert einzelne freiheitsentziehende Maßnahmen bedeuten.

Zudem ist bei der Hochrechnung aus der Freiburger Studie auch die Vergabe von Psychopharmaka eingerechnet.¹⁴⁹ Wie noch aufgezeigt werden wird,¹⁵⁰ sind Psychopharmaka aber nur in den seltensten Fällen selbst freiheitsentziehende Maßnahmen, die nur dann unter den weiteren Voraussetzungen einer richterlichen Genehmigung nach § 1906 IV BGB bedürfen.

Vollständig lässt sich die Differenz zwischen der Anzahl freiheitsentziehender Maßnahmen und den gerichtlichen Verfahren nach § 1906 IV BGB aber nicht erklären: Ein Teil freiheitsentziehender Maßnahmen muss gegen § 1906 IV BGB verstoßen. So geht es auch aus einer Erhebung der Heimaufsichtsbehörde hervor.¹⁵¹ Nicht zuletzt zeigt sich dies in der Vervielfachung der gerichtlichen Verfahren nach § 1906 IV BGB in den letzten Jahren, demgegenüber es keine Anzeichen dafür gibt, dass die Anzahl freiheitsentziehender Maßnahmen ähnlich rapide gestiegen ist; hier ist eher von einem leichten Rückgang auszugehen.¹⁵² Die steigende Zahl der gerichtlichen Verfahren gegenüber der stagnierenden Zahl freiheitsentziehender Maßnahmen ist auch ein Indikator dafür, wie sich die betreuungsrechtlichen Vorgaben der Betreuungsrechtsreform aus dem Jahre 1992 allmählich in der pflegerischen Praxis verwirklichen.¹⁵³

II. Katalog freiheitsentziehender Maßnahmen

Verschlossene Stationstüren, Bettgitter und Fixierungen lassen die Vielfalt freiheitsentziehender Maßnahmen in Altenpflegeheimen erahnen. Es gibt unzählige weitere

¹⁴⁷ Vgl. dazu Erstes Kapitel, C. und D.

¹⁴⁸ Walther, BtPrax 2005, 214, 218.

¹⁴⁹ Vgl. Klie, BtPrax 1998, 50.

¹⁵⁰ Eingehend dazu Erstes Kapitel, E. II 3.

¹⁵¹ Regierungspräsidium Hessen, Bericht der Heimaufsicht Hessen 2002/2003, 2004.

¹⁵² HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 59cff.

Sachverhalte. Im Folgenden werden die wichtigsten von ihnen aufgezählt. Zwei Gruppen von Maßnahmen können dabei unterschieden werden: Diejenigen freiheitsentziehenden Maßnahmen, die dem Betroffenen noch einen Bewegungsraum belassen, und solche, die den Bewegungsraum weitgehend aufheben.¹⁵⁴

1. Mit verbleibendem Bewegungsraum

Diesen Mitteln ist gemein, dass die Heimbewohner zeitweilig oder dauerhaft ihr Pflegeheim nicht verlassen können und ihnen ein selbstständiger Bewegungsraum nur innerhalb der Einrichtung verbleibt. Charakteristisch ist dafür jede Form des Einsperrens. Die für Freiheitsentziehung notwendige allseitige Hinderung der Fortbewegung liegt in einer den Heimbewohner umgebenden Barriere.¹⁵⁵

Ein solches Mittel ist das Verschließen von Türen. Darüber hinaus sind es alle Maßnahmen, die dem gleichen, wenn zum Beispiel Heimbewohner vom Personal durch körperlichen Zwang am Verlassen der Einrichtung gehindert werden. Klassisch geschieht dies durch einen Pförtner, der selbst einschreitet oder das Pflegepersonal über ein Entkommen informiert.¹⁵⁶ Mancherorts ersetzt den Pförtner Elektronik, angefangen von Türkontakten und Lichtschranken bis hin zu Ortungsanlagen, bei denen an Heimbewohnern ein Sender angebracht wird. Dadurch löst sich automatisch ein Alarm aus, wenn die Heimbewohnerin einen bestimmten Bereich überschreitet.¹⁵⁷ Dann greift das Pflegepersonal ein.

Nicht weniger wirksam sind Mittel, die zwar allgemein kein unüberwindbares Hindernis darstellen, dennoch für die Betroffenen unüberwindbar sind. Dabei werden die geistigen und körperlichen Gebrechen der Betroffenen einbezogen. Es handelt sich vor allem um spezielle Türöffnungsvorrichtungen, die von Heimbewohnern eine Gedächtnisleistung oder einen Kraftaufwand erfordern, denen sie nicht mehr genügen. Beispiele sind Türen mit

¹⁵³ Vgl. darüber hinaus zur Anzahl der gerichtlichen Verfahren nach § 1906 IV BGB in den einzelnen Bundesländern, Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 9.

¹⁵⁴ Vgl. auch Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 37; Schumacher, FS für Wessels, 431; Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 37. Gute Übersicht auch bei: Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 78; Walther, BtPrax 2005, 214, 214f.

¹⁵⁵ S. Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 19; Dodegge, MDR 1992, 437, 438; Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 38ff; BT-Dr.11/4528, S. 82.

¹⁵⁶ Vgl. Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 79; Wigge, MedR 1996, 291, 292; Dodegge, MDR 1992, 437, 438; BT-Dr.11/4528, S. 82.

¹⁵⁷ Vgl. Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 78; HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 52; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 249.

Zahlenschlössern, mit Türklinken, die nicht nach unten, sondern nach oben zu drücken sind, Drehknäufe und schwergängige Türen.¹⁵⁸ Ähnlich verhält es sich bei Türen, die versteckt werden, vor die zum Beispiel ein großer Blumenkübel gestellt wird oder die sich durch eine durchgängige Bildtapete nicht von der Wand abzeichnen.¹⁵⁹ Bei dieser Täuschung werden die reduzierten visuellen Fähigkeiten der Betroffenen ausgenutzt.

Ein besonders kreatives Beispiel für ein individuell wirkendes Hindernis und die Varianz freiheitsentziehender Maßnahmen ist die folgende Installation in einem Altenpflegeheim: In einer Abteilung für Schwerdemenzkranke errichtete man eine Bushaltestelle. Die Haltestelle wird nicht von einem Bus angefahren, ansonsten ist alles authentisch. Man beobachtete, dass sich die Heimbewohner dort trafen, sich austauschten, vor allem dort verweilten und die Abteilung nicht mehr verließen.¹⁶⁰

Ebenso kann es sich um freiheitsentziehende Maßnahmen handeln, wenn das Heimpersonal auf die Heimbewohner psychischen Druck ausübt.¹⁶¹ Es sind Verbote, Drohungen und Einschüchterungen, alles, was den Heimbewohner innerlich davon abhält, das Pflegeheim zu verlassen. Dies ist zum Beispiel auch dann gegeben, wenn den Heimbewohnern sämtliche Straßenbekleidung weggenommen wird.¹⁶²

Überhaupt sind die individuellen Hindernisse auffällig. Freiheitsentziehende Maßnahmen in anderen Bereichen des Gesundheitswesens sind nahezu ausschließlich absolute Hindernisse, wie etwa in der Psychiatrie.¹⁶³ Diese Besonderheit der Altenpflegeheime lässt sich folgendermaßen erklären: Grundvoraussetzung ist, dass überhaupt die Möglichkeit besteht, die Bewohner mit einfachen Mitteln am Fortgehen zu hindern. Altenheimbewohner weisen körperliche und geistige Gebrechen auf, die bei den individuellen Hindernissen systematisch ausgenutzt werden können. In ihren Gebrechen ähnlich homogene Gruppen von Patienten findet man anderswo nicht. Hinzu kommt die positive Erscheinung solcher freiheitsentziehender Maßnahmen. Absolute Hindernisse, wie verschlossene Türen und

¹⁵⁸ Vgl. HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 52; Wigge, MedR 1996, 291, 292; Polenz, Altenheim 1987, 27, 27.

¹⁵⁹ HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 56a. Vgl. auch Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 37.

¹⁶⁰ S. Peters, Individualität macht Leben mit Demenz leichter, Die Welt, 19.05.2008; Zinkler, Letzte Haltestelle Pflegeheim, Hamburger Abendblatt, 13.07.2007.

¹⁶¹ Vgl.: Jürgens, Betreuungsrecht-Marschner, 1906, Rn. 37; Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 19; Polenz, Altenheim 1987, 27, 27.

¹⁶² Vgl.: Jürgens, Betreuungsrecht-Marschner, 1906, Rn. 37; Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 78; Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 79.

¹⁶³ Vgl. Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 38ff.

Fixierungen, sind stark stigmatisiert. Sie erwecken Assoziationen an „Knast“ und „Irrenhäuser“.¹⁶⁴ Individuelle Hindernisse schneiden bei Angehörigen und Besuchern besser ab.¹⁶⁵ Sie werden oftmals erst gar nicht als solche erkannt, der Besucher eines Altenpflegeheimes kann sie mühelos bewältigen, ohne ihre Bedeutung für die Bewohner zu reflektieren.

2. Ohne wesentlichen Bewegungsraum

Diesen Mitteln ist gemein, dass sie körpernah ansetzen und damit den Bewegungsraum der Heimbewohner entsprechend stark reduzieren, bis hin zu dessen vollkommener Aufhebung.¹⁶⁶ Charakteristisch hierfür sind Fixierungen.¹⁶⁷ Die allseitige Fortbewegungseinschränkung wird nicht durch eine umgebende Barriere erzielt, sondern sie geht von einem Fixpunkt aus. Nicht eingesperrt, sondern angebunden sein ist das Prinzip dieser freiheitsentziehenden Maßnahmen. Diese Art Maßnahmen bezeichnet man als Ruhigstellungen, in Abgrenzung zur Verabreichung von Arzneimitteln auch als mechanische Ruhigstellungen.¹⁶⁸

Fixierungen und Ruhigstellungen sind beschönigende Bezeichnungen.¹⁶⁹ Fixierung als eine Form der Ruhigstellung ist nichts anderes als Fesselung. Rumpf, Arme und Beine des Betroffenen werden durch Gurte an ein Bett festgezurt.¹⁷⁰ Damit ist der Betroffene gänzlich bewegungsunfähig. Es ist ein allgemeines, für Jedermann wirkendes Hindernis. Alternativ werden nur einzelne Körperteile fixiert, zum Beispiel nur der Rumpf mit einem Bauchgurt. Damit ist der Betroffene zumindest fortbewegungsunfähig, auch weil ihm durch seine reduzierten körperlichen Fähigkeiten ein Lösen des Gurtes versagt ist. Solche Teilfixierungen sind regelmäßig individuelle Hindernisse, was nichts daran ändert, dass sie für den Betroffenen eine allseitige Fortbewegungshinderung bedeuten.

¹⁶⁴ Vgl. Schumacher, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 8ff.

¹⁶⁵ Vgl. dazu auch ARD, Die unmenschliche Dauerfixierung in Pflegeheimen, Report aus München, 18.09.2006.

¹⁶⁶ Vgl.: Walther, BtPrax 2005, 214, 214f; HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 50f; Schumacher, FS für Wessels, 431; Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 46f; AmtsG Frankfurt/M, Beschl. v. 26.08.1988 - 40 VIII B 27574, FamRZ 1988, 1209.

¹⁶⁷ S. HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 51; Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 46.

¹⁶⁸ S. Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 37.

¹⁶⁹ Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 36.

¹⁷⁰ Vgl.: HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 51; Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 46.

Neben Gurten gibt es weitere Systeme, die einer Fesselung gleichkommen: Fixierdecken und spezielle Schlafsäcke verhindern, dass die Heimbewohnerin ihr Bett verlassen kann.¹⁷¹

Analog dazu fixiert man Heimbewohner auch an Stühlen und Rollstühlen. Gurte und Bandagen führen zum Verbleib des Sitzenden in seiner Position. Gleiches verrichten speziell verstärkte Hosen, so genannte Sitzhosen, wie auch ein horizontal vor die Brust des Sitzenden angebrachtes Brett, genannt Tischsteckbrett oder Therapietisch.¹⁷²

Auch hier gibt es unendlich viele vergleichbare Mittel. Die Fortbewegungsfreiheit kann zum Beispiel auch dann aufgehoben sein, wenn der Rollstuhl, in dem der Heimbewohner sitzt, arretiert wird.¹⁷³

Die in einem Altenpflegeheim am meisten verbreitete körpernahe Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit ist das Bettgitter.¹⁷⁴ Vom Prinzip her gleicht es der ersten genannten Gruppe freiheitsentziehender Maßnahmen, da die seitlichen Bettgitter mit dem Kopf- und Fußbrett des Bettes ein den Betroffenen umgebendes Hindernis darstellen. Von der Wirkungsweise aber steht es der zweiten Gruppen näher und ist daher hier zu verorten: Bettgitter beschränken den Fortbewegungsraum erheblich, nämlich auf die Größe des Bettes, von einem verbleibenden Bewegungsraum kann hier nicht ernsthaft die Rede sein.¹⁷⁵

Bettgitter und Fixierungen werden regelmäßig miteinander kombiniert.¹⁷⁶ Zum einen verhindern Fixierungen das Übersteigen der Bettgitter, lassen dies die körperlichen Fähigkeiten des Betroffenen noch zu. Zum anderen sind Bettgitter bei bestimmten Fixierungssystemen dringend empfohlen. Sie mindern die Gefahr, dass sich Heimbewohner an Fixiergurten strangulieren. Diese Gefahr besteht vor allem bei Teilfixierungen, aber auch, wenn sich einzelne Fixiergurte lösen. Stürzt der Betroffene dann aus seinem Bett,

¹⁷¹ Vgl.: HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 51. Vgl. auch Pedal, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1996, 180; Ewers, FamRZ 1993, 853, 181.

¹⁷² Vgl. Amtsrichterverband/Baden-Württemberg, § 1906 BGB, 2006; Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 19; HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 52.

¹⁷³ Vgl. auch Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 249.

¹⁷⁴ Vgl. HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 50; Schumacher, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 25; AmtsG Frankfurt/M, Beschl. v. 26.08.1988 - 40 VIII B 27574, FamRZ 1988, 1209, 1210; AmtsG Recklinghausen, Beschl. v. 31.03.1987 - C VIII 721, FamRZ 1988, 653, 657.

¹⁷⁵ Vgl. dazu auch Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 37ff.

¹⁷⁶ Pedal, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1996, 180, 183; Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 48.

strangulieren ihn noch verbleibende Gurte. Einen solch gefährlichen Sturz versucht man durch Anbringen eines Bettgitters zu verhindern.¹⁷⁷

III. Arzneimittel

Die Begriffe Arzneimittel, Medikamente oder Pharmaka sind hier in ihrer Funktion der Diagnose, zur Therapie und zu prophylaktischen Zwecken verwendet.¹⁷⁸

1. Heilzweck

Arzneimittel, die zu Heilzwecken verabreicht werden und als Nebenwirkung den Bewegungsdrang des Betreuten einschränken, sind keine freiheitsentziehenden Maßnahmen im Sinne des § 1906 IV BGB.¹⁷⁹ Dies hat der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu § 1906 IV BGB klargestellt.¹⁸⁰ Es wäre jedoch auch falsch zu behaupten, dass Arzneimittel generell keine freiheitsentziehenden Maßnahmen sein könnten.

Es folgt bereits aus § 1906 IV BGB, dass Arzneimittelgebrauch als freiheitsentziehende Maßnahme in Betracht kommt, da die Vorschrift sich ihrem Wortlaut nach ausdrücklich auf "Medikamente" bezieht. Nach der zuvor genannten Einschränkung erfasst § 1906 IV BGB jedoch nur dann einen Arzneimittelgebrauch, wenn dieser, ohne Heilbehandlung zu sein, unmittelbar darauf abzielt, den Betreuten am Verlassen des Aufenthaltsortes zu hindern.

Eine freiheitsentziehende Maßnahme wird nicht durch § 1906 IV BGB definiert, sondern bestimmt sich im Wesentlichen durch die Merkmale Zwang und allseitige Fortbewegungsbeschränkung.¹⁸¹ Der Heilzweck einer Arzneimittelgabe, ein Motiv, kann nur ausnahmsweise maßgeblich sein. Es handelt sich dabei um eine Erheblichkeitserwägung, wenn alleine aufgrund von Zwang und Allseitigkeit nicht auf eine für eine Freiheitsentziehung ausreichend intensive Freiheitseinschränkung geschlossen werden

¹⁷⁷ Vgl. dazu Mohsenian, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 266; Pedal, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1996, 180. Vgl. auch Deutschlandradio Kultur, Fixierung in Pflegeheimen, 10.04.2007; Mittler, SZ vom 02.06.2006.

¹⁷⁸ S. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 129.

¹⁷⁹ Vgl. dazu auch Walther, BtPrax 2005, 214, 216.

¹⁸⁰ Drucksache des Deutschen Bundestags, BT-Dr.11/4528, S. 149. Die Drucksache bezieht sich dabei auf den Wortlaut des Gesetzentwurfes zu § 1906 IV BGB, insbesondere der Formulierung "gehindert werden soll". Letztendlich wurde § 1906 IV BGB mit der Formulierung "entzogen werden soll" verabschiedet, was vorliegend zu keiner anderen Bewertung führt. Vgl. zur Änderung auch: Schwab, FamRZ 1990, 681, 687.

¹⁸¹ Erstes Kapitel, A. I.

kann.¹⁸² Der Heilzweck kann daher eine freiheitsentziehende Maßnahme nicht prinzipiell ausschließen.

Fehlt es hingegen bereits an einem Zwang oder einer allseitigen Fortbewegungseinschränkung, liegt keine freiheitsentziehende Maßnahme vor, ohne dass es auf das Motiv Heilzweck ankommt. Meist liegt hierin der eigentliche Grund dafür, eine Arzneimittelgabe aus primären Heilzwecken nicht als freiheitsentziehende Maßnahme zu bewerten. Die folgenden Ausführungen zeigen, dass alleine Arzneimittel nur selten ein allseitiges Fortbewegungshindernis bewirken, sondern dafür weitere Umstände hinzutreten müssen. Dies trifft insbesondere auf das Verabreichen von Arzneimittel zu primären Heilzwecken zu, da Bewegungseinschränkungen, sofern sie als Nebenwirkung eintreten, in der Regel nur schwach ausgeprägt sind.¹⁸³

2. Freiheitsentziehende Wirkung

Arzneimittel als freiheitsentziehende Maßnahmen müssen differenziert betrachtet werden: Arzneimittel können sich physisch auf die Motorik auswirken, psychisch auf den Bewegungsdrang. Arzneimittel kommen daher prinzipiell als freiheitsentziehende Maßnahmen in Betracht.¹⁸⁴ Selten geht ihre Wirkung soweit, dass eine Fortbewegung durch sie zeitweise oder dauerhaft ausgeschlossen ist, wie zum Beispiel bei einer Narkose. Eine Narkose ist jedenfalls eine allseitige Fortbewegungsbeschränkung. Freiheitsentzug direkt durch Verabreichung von Arzneimitteln liegt dabei vor.¹⁸⁵

Wirken sich Arzneimittel auf die Fortbewegung aus, dann hemmen sie sie in der Regel nur, ohne dass eine Fortbewegung damit gänzlich ausgeschlossen ist. Man spricht dabei von einer Basisdämpfung, unter anderem reduzieren sich die motorische Fortbewegungsfähigkeit und der Drang nach Bewegung.¹⁸⁶ Da aber ein Fortbewegen in diesem Zustand weiter möglich ist,

¹⁸² Erstes Kapitel, A. II.

¹⁸³ Vgl. dazu auch HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 53.

¹⁸⁴ S. etwa: Koczy, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 33, 38; Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 78; Walther, BtPrax 2005, 214, 215ff; HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 53; Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 78; Stolz, FamRZ 1993, 642, 645; BT-Dr.11/4528, S. 82.

¹⁸⁵ So genannte "chemische Fixierung", Kreuels, Die Fixierung von A-Z, Ein Stationsleitfaden, S. 7.

¹⁸⁶ Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 49. S. auch: Pantel/Weber/Bockenheimer-Lucius, et al., Psychopharmaka im Altenpflegeheim, 2005, S. 231; Walther, BtPrax 2005, 214, 216; Wojnar, "Unterbringung und unterbringungsähnliche Maßnahmen"-Anspruch-Realität-Alternativen, Vortrag vom 7. Juni 1997 auf der 4.VfB-Fachtagung in Köln, 1997.

wenn auch beschwerlicher, liegt keine allseitige Fortbewegungseinschränkung vor. Arzneimittel in dieser Wirkungsweise sind alleine keine freiheitsentziehenden Maßnahmen.¹⁸⁷

Wahrscheinlich ist es, dass sich durch die mit Arzneimitteln verbundene Hemmung der Fortbewegung dem Betroffenen neue, individuelle Hindernisse entgegenstellen, die eine allseitige Fortbewegungshinderung bedeuten, etwa wenn sich die Heimbewohnerin nach Einnahme ihrer Arzneimittel nicht mehr sicher auf den eigenen Beinen fühlt und die Treppe damit zu einer unüberwindbaren Hürde wird.

In diesen Fällen sind Arzneimittel und Umgebung zusammen eine freiheitsentziehende Maßnahme, im Beispiel ist die Treppe ohne Arzneimittel kein Hindernis oder umgekehrt; ohne Treppe kann sich die Heimbewohnerin auch mit ihren Arzneimitteln weiter fortbewegen. Umgebung und Arzneimittel bedingen einander. Möglich ist es daher auch, dass Arzneimittel indirekt, in Verbindung mit der Umgebung, zu freiheitsentziehenden Maßnahmen werden.

Darüber hinaus ist bei Arzneimitteln als mögliche freiheitsentziehende Maßnahmen noch ein drittes Szenario wahrscheinlich: Arzneimittel können Anlass für freiheitsentziehende Maßnahmen sein. Infolge von Arzneimitteln kann die Mobilität und Sensorik abnehmen, damit steigt die Gefahr von Sturzverletzungen.¹⁸⁸ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Fortbewegung nur gehemmt ist. Die zuvor beschriebenen Hindernisse können insofern nicht nur allseitig an einer weiteren Fortbewegung hindern, sondern sie stellen auch ein Risiko für die Gesundheit der Betroffenen dar: Es drohen Stürze. Um die Betroffenen davor zu schützen, ist es eine Möglichkeit, ihnen weitere freiheitsentziehende Maßnahmen aufzuerlegen, etwa Formen der zuvor beschriebenen mechanischen Ruhigstellung.

Zusammenfassend kann das Verhältnis freiheitsentziehender Maßnahmen zu Arzneimitteln folgendermaßen beschrieben werden: Arzneimittel, wenn sie nicht selbst freiheitsentziehende Maßnahmen sind, können ein Grund dafür sein, dass sich für den Betroffenen in seiner gewohnten Umgebung neue Hindernisse auftun; zugleich erhöhen Arzneimittel die Gefahr

¹⁸⁷ "Längerandauernde oder regelmäßige Bewusstlosigkeit" fordert Rink als einer der Freiheitsentziehung genügenden Intensität einer Bewegungseinschränkung durch Arzneimittelgabe, s. HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 53.

¹⁸⁸ Vgl. Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 49.

von Sturzverletzungen, was wiederum andere freiheitsentziehende Maßnahmen nach sich zieht.

Kurz: Arzneimittel können selbst freiheitsentziehende Maßnahmen sein, sie können mit der Umgebung zu solchen werden, oder sie sind ihr Auslöser.

3. Psychopharmaka

Ein wichtiges Beispiel für die Verabreichung von Arzneimitteln in der Altenpflege sind Psychopharmaka.¹⁸⁹ Studien belegen, dass gut der Hälfte aller Heimbewohner täglich Psychopharmaka verabreicht wird,¹⁹⁰ also solche Arzneimittel, die die Aktivität des zentralen Nervensystems beeinflussen und eine Wirkung auf die psychischen Funktionen haben¹⁹¹. Sie werden oftmals nach ihren Untergruppen klassifiziert. Psychopharmaka im engeren Sinn sind Antidepressiva, Neuroleptika und Tranquilizer.¹⁹² Antidepressiva setzt man gegen Depressionen ein, Neuroleptika gegen Psychosen, und Tranquilizer gegen Angstzustände. Psychopharmaka im weiteren Sinn sind vor allem Hypnotika (Schlafmittel) und Sedativa (Beruhigungsmittel).¹⁹³

Viele Psychopharmaka haben eine sedierende Wirkung.¹⁹⁴ Dies macht sie für freiheitsentziehende Maßnahmen interessant. Vorsicht ist allerdings bei Pauschalisierungen geboten, dass jede Gabe von Psychopharmaka eine freiheitsentziehende Maßnahme sei. Ihre Bedeutung darf insofern nicht überschätzt werden: Wie bei allen Arzneimitteln lassen sich hier keine pauschalen Aussagen treffen. Vielmehr ist es eine Frage des Einzelfalles, des Dosis-Wirkungs-Prinzips. Sedierende Psychopharmaka zeigen eine weite Bandbreite: Sie beeinflussen die Fortbewegungsfähigkeit, im Extrem soweit, dass ihre Vergabe selbst eine freiheitsentziehende Maßnahme ist.¹⁹⁵

¹⁸⁹ S. auch Stoppe, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1999, 153, 154ff.

¹⁹⁰ Pantel/Weber/Bockenheimer-Lucius, et al., Psychopharmaka im Altenpflegeheim, 2005, S. 29ff; Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 113. Kritisch dazu: Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260, 264.

¹⁹¹ Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 1315.

¹⁹² Stoppe, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1999, 153, 155f. S. auch Schreiber, FamRZ 1991, 1014, 1018f.

¹⁹³ HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 55; Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 50ff; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 1315.

¹⁹⁴ Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 1444. Vgl. auch Walther, BtPrax 2005, 214, 216; HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 55.

Häufiger ist allerdings, dass sie zu einer unwesentlichen Beeinträchtigung der Mobilität führen oder nur Anlass für freiheitsentziehende Maßnahmen sind, da sie beim Konsumenten die Sturzgefahr erhöhen.¹⁹⁶ Eine Einordnung wird darüber hinaus dadurch erschwert, dass Psychopharmaka, wie Arzneimittel, generell im Inneren des Betroffenen wirken.¹⁹⁷ Als eine mögliche innere Barriere der Fortbewegung manifestieren sie sich weniger deutlich, als es zum Beispiel bei einer abgeschlossenen Tür der Fall ist, oder bei den aufgrund einer Sturzgefahr zusätzlichen vorgenommenen mechanischen Maßnahmen.

Es ist daher nicht verwunderlich, dass einerseits gut der Hälfte aller Heimbewohner täglich Psychopharmaka verabreicht wird, andererseits aber nach den gleichen Studien sich kein Fall darunter befunden hat, der als eine Maßnahme im Sinne des § 1906 IV BGB zu werten ist und einer richterlichen Genehmigung bedurft hätte.¹⁹⁸

Die fehlende Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1906 IV BGB bedeutet zwar nicht, dass es sich bei der Psychopharmakaverabreichung nicht doch um freiheitsentziehende Maßnahmen handeln kann, da der Anwendungsbereich von § 1906 IV BGB nur einen Teil aller freiheitsentziehenden Maßnahmen in Altenpflegeheimen erfasst. Ausgeklammert sind vor allem diejenigen Heimbewohner, die nicht in einem rechtlichen Betreuungsverhältnis stehen.¹⁹⁹ Dennoch liegt hierin ein starkes Indiz: Die Intensität der Psychopharmakavergabe ist bei betreuten Heimbewohnern tendenziell höher.²⁰⁰ Wenn selbst bei ihnen in keinem der untersuchten Fälle die Intensität ausreichte, um eine allseitige Fortbewegungshinderung zu bewirken, dann ist erst recht kein Fall bei den Heimbewohnern zu erwarten, die nicht unter rechtlicher Betreuung stehen, weil davon auszugehen ist, dass ihnen weniger Psychopharmaka verabreicht werden.

Festzuhalten bleibt, dass die Verabreichung von Psychopharmaka tatsächlich nur äußerst selten alleiniger Grund für eine Fortbewegungsunfähigkeit von Heimbewohnern ist und sie

¹⁹⁵ HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 53.

¹⁹⁶ Vgl. Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 49.

¹⁹⁷ Daher auch als "chemische Fixierung" bezeichnet: Kreuels, Die Fixierung von A-Z, Ein Stationsleitfaden, S. 7.

¹⁹⁸ Pantel/Weber/Bockenheimer-Lucius, et al., Psychopharmaka im Altenpflegeheim, 2005, S. 231f; Regierungspräsidium Hessen, Bericht der Heimaufsicht Hessen 2002/2003, 2004; Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 115. Vgl. auch Walther, BtPrax 2005, 214, 216.

¹⁹⁹ Palandt-Diederichsen, § 1906 BGB, Rn. 23; HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 45.

²⁰⁰ Vgl. Pantel/Weber/Bockenheimer-Lucius, et al., Psychopharmaka im Altenpflegeheim, 2005, S. 230f.

daher allenfalls ausnahmsweise eine freiheitsentziehende Maßnahme darstellt, nach den untersuchten Fällen bisweilen sogar nie.

F. Zusammenfassung

Angesichts der Aufmerksamkeit, die den freiheitsentziehenden Maßnahmen in der juristischen Literatur und in Veröffentlichungen aus den Bereichen Medizin und Pflege widerfährt, ist es überraschend, dass der Begriff bisweilen nicht eingehender bestimmt worden ist. Eine Definition freiheitsentziehender Maßnahmen ist natürlich maßgeblich von ihrem Erfolg, einer Freiheitsentziehung, geprägt. Demnach könnte man freiheitsentziehende Maßnahmen etwa folgendermaßen definieren: Freiheitsentziehende Maßnahmen sind alle Handlungen, die die körperliche Bewegungsfreiheit eines geistig fortbewegungsfähigen Menschen unter Zwang allseitig hindern.²⁰¹

Man mag sich dem Begriff so ein Stück weit nähern, gerecht wird man ihm damit nicht. "Freiheitsentziehende Maßnahmen" ist ein Begriff mit sehr vielen und zudem sehr unterschiedlichen Facetten. In der pflegerischen Praxis zeigt sich eine Vielfalt von Maßnahmen, die die Bewegung von Heimbewohnern einschränken, von mechanischen Mitteln bis hin zu medikamentöser Ruhigstellung im Einzelfall. Gegenüber freiheitsentziehenden Maßnahmen in anderen Bereichen des Gesundheitswesens sind diese Hindernisse in der Altenpflege häufig individueller Art, d.h. sie hindern ein Fortbewegen zusammen mit den körperlichen und geistigen Gebrechen des Betroffenen, so dass ein Bettgitter, anders als für einen jungen Menschen, zum unüberwindlichen Hindernis wird.

In rechtlicher Hinsicht zeigt sich der Begriff nicht weniger vielfältig: Man unterscheidet öffentlich-rechtliche Unterbringungen, zivilrechtliche Unterbringungen und unterbringungsähnliche Maßnahmen, allesamt spezielle rechtliche Normierungen freiheitsentziehender Maßnahmen. Relevant für die Pflege in Altenheimen sind dabei besonders die unterbringungsähnlichen Maßnahmen nach § 1906 IV BGB. Mit Erlass dieser betreuungsrechtlichen Vorschrift im Jahr 1992 ist erstmals eine größere Zahl freiheitsentziehender Maßnahmen in der Altenpflege einer justiziellen Kontrolle zugeführt worden.

²⁰¹ Definition auch bei Schell: "Es handelt sich um die unterschiedlichsten Maßnahmen, durch die in Freiheit eines Menschen eingegriffen wird", Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 78.

Dennoch gibt es weiterhin freiheitsentziehende Maßnahmen in der Altenpflege, die nicht genehmigungsbedürftig sind. Es sind freiheitsentziehende Maßnahmen, die rein privater Freiheitsentzug sind. Es ist dies die grundlegende Form freiheitsentziehender Maßnahmen in der Altenpflege: Private, nämlich das Pflegepersonal, vollziehen die Eingriffe. Der Schutz der Heimbewohner in ihrem Grundrecht auf Bewegungsfreiheit nach Art. 2 II 2, 104 GG wirkt hier nur im Wege einer mittelbaren Drittwirkung. Das Recht bemisst sich hier vor allem an § 239 I StGB, dem Strafrecht, dem staatlichen Mittel, um solchen "Grundrechtseingriffen" der Bürger untereinander entgegenzutreten.

Dies ändert sich erst bei Beteiligung eines rechtlichen Betreuers. Bei Anordnung durch den Quasiamtsträger gewinnt die freiheitsentziehende Maßnahme einen öffentlichrechtlichen Charakter. Ihre Zulässigkeit richtet sich nun unmittelbar nach Art. 2 II 2, 104 GG; die damit erforderliche Ermächtigungsgrundlage samt Richtervorbehalt stellt das Betreuungsrecht dar.

Für die anschließende eingehende Erörterung der strafrechtlichen Problematik freiheitsentziehender Maßnahmen hat der Begriff eine Indizfunktion. Freiheitsentziehende Maßnahmen und der Tatbestand der Freiheitsberaubungen nach § 239 I StGB haben, so zeichnet es sich ab, viele Gemeinsamkeiten. Von Wertungen, die hier beim Begriff der freiheitsentziehenden Maßnahmen getroffen wurden, wird auch die Subsumtion einer Freiheitsberaubung profitieren können. Selbstverständlich ist darüber hinaus die aufgezeigte Normierung freiheitsentziehender Maßnahmen in § 1906 BGB bei der Rechtfertigung relevant, sollte der Tatbestand der Freiheitsberaubung verwirklicht sein.

Zweites Kapitel: Heimbewohner außerhalb des Schutzbereiches einer Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB

§ 239 I StGB, der Tatbestand der Freiheitsberaubung, schützt die Fortbewegungsfreiheit eines Menschen. So lautet der kleinste gemeinsame Nenner über den Schutzbereich des Tatbestands.²⁰² Unbestritten und leicht dem Wortlaut zu entnehmen ist, dass die Vorschrift nur Eingriffe an lebenden, natürlichen²⁰³ Personen erfasst. Unbestritten, aber nicht mehr dem Wortlaut nach eindeutig zu erkennen ist auch, dass nur Eingriffe in die Fortbewegung gemeint sind.²⁰⁴ Nicht jede menschliche Bewegung ist daher von § 239 I StGB geschützt, sondern nur diejenige, die auf ein Fortkommen angelegt ist.²⁰⁵ So ist das Fesseln der Hände eines Menschen nicht von § 239 I StGB geschützt, denn gefesselte Hände hindern einen Menschen nicht daran, seinen Aufenthaltsort zu verändern.²⁰⁶

Aussagen über den Schutzbereich der Freiheitsberaubung beziehen sich regelmäßig nur auf Menschen mit einem gesunden Bewegungsvermögen.²⁰⁷ Viele alte Menschen leiden aber an Bewegungsstörungen, durch die sie in ihrer Fort- und Bewegungsfähigkeit eingeschränkt sind.²⁰⁸ Für diese Menschen gestaltet sich die Fortbewegung grundlegend anders. In ihrem Alltag sind sie auf die Hilfe Dritter und auf technische Hilfsmittel angewiesen.²⁰⁹ Ein Mensch mit gelähmten Beinen, der sich in einem Rollstuhl fortbewegt, ist durch Handfesseln sehr wohl an einer Fortbewegung gehindert. Bewegungsstörungen des Einzelnen verändern die Beurteilung der Fortbewegung. Die Frage des Schutzes von Fortbewegung muss daher am Betroffenen entschieden werden. Der Schutzbereich der Freiheitsberaubung richtet sich nach seinen Opfern. Dies sind in dieser Betrachtung die Bewohner von Altenheimen, und das sind in der Regel körperlich beeinträchtigte Menschen.

²⁰² Vgl. Fischer, § 239 StGB, Rn. 2; NK-Sonnen, § 239, Rn. 4; Lackner/Kühl, § 239 StGB, Rn. 1; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 155; Arzt, Strafrecht BT, S. 224.

²⁰³ Im Unterschied zu juristischen Personen, s. auch: Creifelds, Rechtswörterbuch, S. 944.

²⁰⁴ S/S-Eser, § 239, Rn. 1; SK-Horn, § 239, Rn. 2; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 1; LK-Träger, § 239, Rn. 1; Arzt, Strafrecht BT, S. 224f.

²⁰⁵ Vgl. auch Fischer, § 239 StGB, Rn. 2; Arzt, Strafrecht BT, S. 224.

²⁰⁶ Vgl. Fischer, § 239 StGB, Rn. 2; SK-Horn, § 239, Rn. 2.

²⁰⁷ Vgl. etwa Fischer, § 239 StGB, Rn. 2; SK-Horn, § 239, Rn. 2.

²⁰⁸ Vgl. Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260, 261f; Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 114ff; Pape, Heben und heben lassen, S. 9; Meusel, Bewegung, Sport und Gesundheit im Alter, S. 25ff und 122ff; Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 14ff; AmtsG Recklinghausen, Beschl. v. 31.03.1987 - C VIII 721, FamRZ 1988, 653.

Der Reichweite des Schutzbereichs von § 239 I StGB kommt dabei entscheidende Bedeutung zu: Fällt eine Person aus dem Schutzbereich, dann kann sie nicht Opfer einer Freiheitsberaubung werden, oder umgekehrt, an ihr kann keine Freiheitsberaubung begangen werden.²¹⁰ Die Strafbarkeit einer freiheitsentziehenden Maßnahme kann also bereits an Gründen scheitern, die in der von ihr betroffenen Person liegen. In diesem Kapitel wird daher der Frage nachgegangen, welche Anforderungen an die potentiellen Opfer einer Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB zu stellen sind. Fraglich ist insbesondere, ob die bei Altenheimbewohnern häufigen Bewegungsstörungen²¹¹ mit dem Schutz der Fortbewegungsfreiheit vereinbar sind, konkret etwa, ob an einer bettlägerigen Heimbewohnerin eine Freiheitsberaubung möglich ist.

A. Bewegungsstörungen im Alterungsprozess

Bewegungsstörungen bezeichnen als Überbegriff Erkrankungen, die sich durch den Verlust von Bewegungen und Bewegungsabläufen äußern.²¹² Diese Erkrankungen stehen mit dem Alterungsprozess des Menschen in Verbindung.²¹³ Ihre Auswirkungen auf die Bewegungsfähigkeit der Betroffenen sind sehr unterschiedlich. Dabei werden drei Krankheitsgruppen unterschieden: Verschleißerscheinungen des Bewegungsapparats²¹⁴, Erkrankungen des Nervensystems²¹⁵ und Erkrankungen der Psyche²¹⁶. Oft treten die Erkrankungen in Kombination miteinander auf und summieren sich in ihren Symptomen.

²⁰⁹ Vgl. Lehr, Psychologie des Alterns, S. 120ff; Meusel, Bewegung, Sport und Gesundheit im Alter, S. 127f.

²¹⁰ Allgemein zum Schutzbereich einer Norm vgl. m.w.N. Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 255ff.

²¹¹ S. Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260.

²¹² Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260, 261; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 510ff; Pape, Heben und heben lassen, S. 9.

²¹³ S. Lehr, Psychologie des Alterns, S. 87ff; Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 21ff; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 510f; Meusel, Bewegung, Sport und Gesundheit im Alter, S. 25ff. Das Durchschnittsalter der Heimbewohner in Deutschen Altenpflegeheimen liegt bei rund 80 Jahren, s. Heinzelmann, Das Altenheim, S. 35f und 92; Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260.

²¹⁴ S. Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 114ff; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 718ff; Meusel, Bewegung, Sport und Gesundheit im Alter, S. 25ff.

²¹⁵ S. Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 373ff; Meusel, Bewegung, Sport und Gesundheit im Alter, S. 35ff.

²¹⁶ S. Lehr, Psychologie des Alterns, S. 91ff; Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 415ff; Stoppe, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1999, 153, 154f.

Der Bewegungsapparat von alten Menschen ist eingeschränkt durch die chronisch degenerative Veränderung des Skelettsystems²¹⁷ und den Schwund der Muskulatur²¹⁸; es kommt zu Osteoporose²¹⁹ und zu rheumatischen Erkrankungen wie Arthrose²²⁰.

Erkrankungen des Nervensystems mit Auswirkung auf die Bewegungsfähigkeit sind vor allem Lähmung²²¹, Spastik²²², Multiple Sklerose²²³ und Parkinson²²⁴.

Als Erkrankungen der Psyche häufen sich im Alter Formen von Verwirrheitszuständen,²²⁵ vorübergehende und akute Verwirrheitszustände (auch unter "Durchgangssyndrom" oder "Delir" bekannt)²²⁶ und chronische Formen wie Demenz²²⁷, dabei insbesondere Alzheimer^{228, 229}. Psychische Erkrankungen haben innerhalb der Bewegungsstörungen eine Sonderstellung. Im Gegensatz zu Krankheiten des Bewegungsapparats oder des Nervensystems, bei denen die Bewegung von Extremitäten unmöglich oder erschwert und schmerzhaft ist, zeigen Betroffene im Anfangsstadium von Verwirrheitszuständen eine hohe Bewegungsleistung.²³⁰ Bei Alzheimerpatienten kann sogar ein regelrechter Bewegungsdrang beobachtet werden (sog. Akathisie²³¹);²³² lässt man sie, können sie mehrere Kilometer am Tag

²¹⁷ Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 34; Meusel, Bewegung, Sport und Gesundheit im Alter, S. 25.

²¹⁸ Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 25; Meusel, Bewegung, Sport und Gesundheit im Alter, S. 26ff.

²¹⁹ Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 119ff; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 718ff.

²²⁰ Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 132ff; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 724f.

²²¹ Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 387; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 883.

²²² Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 387; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 1478.

²²³ Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 398f; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 741ff; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 1046f.

²²⁴ Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 399ff; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 732ff; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 1203f.

²²⁵ Lehr, Psychologie des Alterns, S. 91.

²²⁶ Rupprecht, Psychiatrie und Psychotherapie, S. 152; Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 419f.

²²⁷ Rupprecht, Psychiatrie und Psychotherapie, S. 156ff; Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 420; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 328.

²²⁸ Rupprecht, Psychiatrie und Psychotherapie, S. 170ff; Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 421f.

²²⁹ Vgl. zu den Begriffen auch: Ried, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 297, 298ff; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 510ff; AmtsG Recklinghausen, Beschl. v. 31.03.1987 - C VIII 721, FamRZ 1988, 653. Vgl. auch Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260, 263.

²³⁰ Vgl. Jonas, Pro Alter (Kuratorium Deutsche Altershilfe) 2006, 58; Stoppe, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1999, 153, 154; Klie, Altenheim 1984, 194, 195.

²³¹ Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 30.

zurücklegen.²³³ Dennoch ist auch den Menschen mit Verwirrtheitszuständen gemein, dass es ihnen schwer fällt, zuweilen unmöglich ist, sich an den gewünschten Ort zu bewegen. Der Grund liegt in ihrer Orientierungslosigkeit sowie dem Vergessen des ursprünglichen Ziels.²³⁴ Mit fortschreitender Krankheit geht bei Demenzkranken dieser Bewegungsdrang zurück, da die Steuerungsfähigkeit der Extremitäten immer stärker aussetzt und eine Bewegung unmöglich wird.²³⁵

B. Grundlegendes Urteil des BayObLG

Nicht jeder Mensch ist vom Schutzbereich der Freiheitsberaubung erfasst, so lautet die einhellige Ansicht der Rechtsprechung²³⁶ und der heutigen Rechtslehre²³⁷. Eine gegenteilige Ansicht in der Literatur, die *Welzel*²³⁸ und *Schäfer*²³⁹ vertraten, fand keine Anhänger.²⁴⁰ Zu einem Meinungsstreit kam es dabei nicht. Welzel und Schäfer kommentierten, soweit ersichtlich, ihre Ansichten nicht.

Die erreichte Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung überrascht. Denn beim Lesen des Tatbestandes erschließt sich nicht, dass das Tatbestandsmerkmal "Mensch" eine Einschränkung erfahren soll, dass also nicht jeder Mensch durch § 239 I StGB geschützt ist. Nach dem Wortlaut scheinen erst einmal alle Menschen mögliche Opfer einer Freiheitsberaubung zu sein.

Wegweisend für die Eigenschaften, die sich über das Menschsein hinaus etabliert haben, ist eine Entscheidung des BayObLG²⁴¹ aus dem Jahr 1951. Erstmals wurden hier Anforderungen an das Opfer einer Freiheitsberaubung formuliert. Die Entscheidung ist noch heute relevant,

²³² Vgl. Jonas, Pro Alter (Kuratorium Deutsche Altershilfe) 2006, 58, 58; e.V., Empfehlungen zum Umgang mit Unruhe und Gefährdung bei Demenz, Stand 08.09.2005, 2005; Lutterbeck, Pflege-&Krankenhausrecht 2004, 85, 89; Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 51.

²³³ Nach Aussage von Clemens Becker (Geriatler) in: Graupner, SZ vom 11.06.2006. Vgl. auch Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260, 263.

²³⁴ Vgl. Rupprecht, Psychiatrie und Psychotherapie, S. 159f; Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 419f.

²³⁵ S. Rupprecht, Psychiatrie und Psychotherapie, S. 185; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 516ff.

²³⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 06.12.1983 - 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183, 187f; BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

²³⁷ Vgl. u.a. S/S-Eser, § 239, Rn. 3; NK-Sonnen, § 239, Rn. 6; Lackner/Kühl, § 239 StGB, Rn. 1; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 155. Vgl. auch Fischer, § 239 StGB, Rn. 4.

²³⁸ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328.

²³⁹ Vgl. LK¹⁰-Schäfer, § 239, Rn. 4.

²⁴⁰ Vgl. aber den Ansatz der "Bewegungsraumtheorie": Drittes Kapitel.

Rechtsprechung und Literatur verweisen auf sie.²⁴² Nirgends wurde die Frage der prinzipiellen Opfereigenschaft bei einer Freiheitsberaubung bisher eingehender erörtert.²⁴³ Sie prägt daher maßgeblich jene Überlegungen, bestimmte Personen und Personengruppen, wie geistig Schwerstbehinderte,²⁴⁴ aus dem Schutzbereich des § 239 I StGB auszuschließen. Auch hier wird sie zum Ausgangspunkt genommen, um der Opfereigenschaft von Heimbewohnern i.S.d. §239I nachzugehen.

Das BayObLG hatte zu klären, ob ein Säugling²⁴⁵ im Alter von 12 Monaten Opfer einer Freiheitsberaubung sein kann. Dazu führte das Gericht aus: "Das Kind ist seiner Freiheit nicht beraubt, weil es der Freiheit in dem hier in Betracht kommenden Sinn nicht fähig ist."²⁴⁶ Zur Fähigkeit zur Freiheit erläuterte das Gericht, "dass der Betroffene überhaupt, wenn auch unter Zuhilfenahme Dritter, die Fähigkeit willkürlicher Fortbewegung hat, deren er beraubt wird."²⁴⁷ Weiter präzisierte das Gericht, dass "selbst wenn es [das Kind, Anm. d. Verf.] sich in unbeholfener Weise bewegen und Wünsche über eine Veränderung seines augenblicklichen Zustandes äußern könnte, diese Möglichkeiten zu unbestimmt wären, um als Fähigkeit einer willkürlichen, von einem sinnvollen Ziel geleiteten Fortbewegung - etwa aus einem Raum in einen anderen - aufgefaßt zu werden."²⁴⁸

Die allgemeine Opfereigenschaft, die man aus der Entscheidung des BayObLG, wohlgemerkt hinsichtlich eines Säuglings, ziehen kann, ist zunächst einmal, dass das Opfer die Fähigkeit zur Fortbewegungsfreiheit aufweisen muss. Dies bedeutet zugleich, dass diese Fähigkeit nicht jedem Menschen zukommt und daher nicht jeder Opfer einer Freiheitsberaubung sein kann. Freiheitsberaubung schützt nur die Fortbewegungsfreiheit.²⁴⁹

²⁴¹ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

²⁴² S. u.a. Fischer, § 239 StGB, Rn. 3; S/S-Eser, § 239, Rn. 3; Lackner/Kühl, § 239 StGB, Rn. 1; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 155; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 9; LK-Träger, § 239, Rn. 6; Schumacher, FS für Wessels, 431, 435; Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 83; BGH, Urt. v. 06.12.1983 - 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183, 188.

²⁴³ So auch Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 28.

²⁴⁴ Vgl. u.a. LK-Träger, § 239, Rn. 6; Kargl, JZ 1999, 72, 74.

²⁴⁵ Die Richter gebrauchten den Begriff „Kleinstkind“, welcher dem medizinisch verwendeten Begriff „Säugling“ entsprechen dürfte. Als Säugling bezeichnet man ein Kind nach der Geburt bis zur Vollendung des ersten Lebensjahres. Vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 1400. Der Begriff Kleinstkind ist dagegen medizinisch nicht geläufig.

²⁴⁶ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

²⁴⁷ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

²⁴⁸ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

Die entscheidende Frage ist daher, was Fortbewegungsfreiheit im Sinne des § 239 I StGB ist. Das BayObLG knüpft hieran zwei Merkmale: Erstens einen physischen Umstand, die Person muss sich fortbewegen können. Zweitens einen psychischen Umstand, sie muss dies willkürlich tun können.²⁵⁰ Anhand dieser Merkmale sind die Opfereigenschaften von Heimbewohnern weiter zu untersuchen.

C. Körperliche Gebrechen und § 239 I StGB

Die physische Fähigkeit zur Fortbewegung ist ein weit gefasster Begriff. Fraglich ist, wie Bewegungsstörungen, unter denen viele Heimbewohner leiden,²⁵¹ mit ihm vereinbar sind. Die Betroffenen können ihren Aufenthaltsort selbst, wenn überhaupt, meistens nur qualvoll und mit erheblichen Anstrengungen verändern. Effektiv bleibt eine Fortbewegung nur mit der Hilfe Dritter möglich.²⁵² Es ist daher zweifelhaft, ob sie der "Fähigkeit zur Fortbewegung" i.S.d. BayObLG genügen. Im Folgenden wird der Umstand der physischen Fortbewegungsfähigkeit präzisiert und aufgezeigt, wie körperliche Gebrechen der potentiellen Opfer sich auf den Tatbestand der Freiheitsberaubung auswirken.

I. Physische Fortbewegungsfreiheit im Sinne des § 239 I StGB

Nahe liegend ist es, einen Menschen als fortbewegungsunfähig anzusehen, der weitreichend gelähmt ist, etwa bei einer Querschnittslähmung. Diese Konsequenz mieden jedoch die Richter des BayObLG²⁵³. Sie bezogen bei der Frage der Fähigkeit zur Fortbewegung die Hilfe Dritter mit ein. Im konkreten Fall war es unerheblich, ob das Bewegungsvermögen eines Kleinstkindes ausreichend ist, um als fortbewegungsfähig i.S.d. § 239 I StGB zu gelten. Man hätte sich immerhin darauf stützen können, dass ein Säugling im Alter von zwölf Monaten krabbeln und ansatzweise frei Laufen kann, also die Fähigkeit hat, kurze Distanzen eigenständig zu überwinden. Stattdessen wurde auf seine Mutter zurückgegriffen.²⁵⁴ Von der Mutter getragen, verändert das Kind problemlos und wesentlich seinen Aufenthaltsort.

²⁴⁹ NK-Sonnen, § 239, Rn. 4; Lackner/Kühl, § 239 StGB, Rn. 1; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 155; Arzt, Strafrecht BT, S. 224.

²⁵⁰ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

²⁵¹ Eine Untersuchung ergab, dass nur weniger als die Hälfte aller Heimbewohner keine Geh- und Bewegungshilfen benutzten, vgl. dazu und weitere Daten zur Mobilität von Heimbewohnern: Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260.

²⁵² S. auch: Lehr, Psychologie des Alterns, S. 120; Meusel, Bewegung, Sport und Gesundheit im Alter, S. 127.

²⁵³ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

²⁵⁴ Vgl. BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237, 237.

Hinsichtlich einer Ortsveränderung war das Kind daher durch die Hilfe seiner Mutter fortbewegungsfähig.

Dem Rückgriff auf Dritte bei der Beurteilung der körperlichen Fortbewegungsfähigkeit schloss sich die Lehre an.²⁵⁵ Heute ist anerkannt, dass ein Mensch auch der Freiheit beraubt werden kann, wenn er sich in keiner Weise selbst fortbewegen kann.²⁵⁶ Unerwähnt bleibt jedoch des Öfteren, dass dies erst zutrifft, wenn die Fortbewegung durch Dritte gewährleistet werden kann. Nur so ist es möglich, dass die Handlung eines Täters kausal dafür ist, das Opfer in seiner Fortbewegungsfreiheit zu verletzen.

Bezogen auf die Heimbewohner bedeutet dies, dass ihr eigenes Bewegungsvermögen erst einmal nicht relevant wird und damit auch nicht die Intensität ihrer möglichen Bewegungsstörung. Vielmehr ist entscheidend, ob sie von Dritten fortbewegt werden können. Mit anderen Worten, es kommt auf ihre Transportfähigkeit an. Transportfähigkeit ist an dieser Stelle nicht als medizinischer Begriff zu verstehen, also nicht, ob ein Transport Risiken für die Gesundheit des zu Transportierenden birgt. Es kommt alleine auf das physikalische Kräfteverhältnis an. Transportfähigkeit liegt vor, wenn es dem Dritten möglich ist, die Person fortzubewegen, durch eigene Körperkraft und den Einsatz von Hilfsmitteln, beispielsweise einem Rollstuhl.

Hinsichtlich ihrer Transportfähigkeit kommt es daher alten Menschen zugute, wenn sie in einem Pflegeheim wohnen. Die Infrastruktur in einem Heim ist darauf ausgerichtet, die Mobilität der Heimbewohner zu gewährleisten.²⁵⁷ Es stehen geschultes Personal²⁵⁸ und technische Hilfsmittel zur Verfügung.²⁵⁹ Sie ermöglichen den Heimbewohnern auch bei erheblichen körperlichen Gebrechen eine Ortsveränderung.²⁶⁰ Unabhängig von Bewegungsstörungen bleiben Bewohner von Pflegeheimen damit fortbewegungsfähig im Sinne des § 239 I StGB. Kurz, ihre Transportfähigkeit führt zur Fortbewegungsfähigkeit.

²⁵⁵ Vgl. u.a. MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 8; LK-Träger, § 239, Rn. 4.

²⁵⁶ Vgl. u.a. S/S-Eser, § 239, Rn. 3; SK-Horn, § 239, Rn. 8; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 156; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 8.

²⁵⁷ Vgl. § 11I HeimG, KDA, Qualitative Anforderungen an den Pflegeheimbau unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen; Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 14.

²⁵⁸ Vgl. Verordnung über die personelle Anforderungen für Heime vom 19.Juli 1993, BGBl I 1993, 1205.

²⁵⁹ Vgl. auch: Verordnung über bauliche Mindestanforderungen für Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige vom 27.Januar 1978, BGBl I 1978, 189.

²⁶⁰ Vgl. zu Pflegetechniken der Pflegenden und ihrer technischer Hilfsmittel auch: Pape, Heben und heben lassen, S. 39ff.

II. Verbleibende Relevanz der physische Fortbewegungsfähigkeit des Opfers

Zuvor wurde aufgezeigt, dass selbst ein Mensch seiner Fortbewegungsfreiheit im Sinne des § 239 StGB beraubt wird, der sich in keiner Weise selbst fortbewegen kann. In anderer Hinsicht jedoch wird die autonome körperliche Fortbewegungsfähigkeit eines Menschen relevant: Sie entscheidet über die Begehungsform der Freiheitsberaubung, ob durch Tun oder Unterlassen. Letztendlich kommt man daher nicht umhin, die körperlichen Anforderungen an eine Fortbewegungsfähigkeit im Sinne des § 239 I StGB näher zu bestimmen.

1. Beschränkung auf eine Unterlassensstrafbarkeit

Die Fortbewegungsfähigkeit des Einzelnen wirkt sich bei der Kausalität²⁶¹ zwischen Handlung und Erfolg der Freiheitsberaubung aus. Die in der Person liegende Unfähigkeit zur Fortbewegung führt dazu, dass eine von außen vorgenommene weitere Beschränkung der Fortbewegungsfähigkeit nicht kausal im Sinne der Äquivalenztheorie²⁶² dafür ist, dass der Person ein Fortbewegen unmöglich ist. Ist zum Beispiel eine Heimbewohnerin so gebrechlich, dass sie ohne Hilfe ihr Bett nicht mehr verlassen kann, schränkt die Fixierung am Bett die ihr noch verbliebene Bewegungsfähigkeit ein. Sie kann ihre Arme nun nicht mehr bewegen. Es kommt aber zu keiner weiteren Beschränkung der für § 239 I StGB ausschlaggebenden Fortbewegungsfähigkeit. Denn auch ohne Fixierung kann sie ihr Bett nicht verlassen. Die Fixierung ist hier nicht kausal für ihre Fortbewegungsunfähigkeit. Ihre Vornahme kann nicht den Tatbestand der Freiheitsberaubung verwirklichen. Dies lässt sich verallgemeinern. Betrachtet man nur die Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen, so ist mangels Kausalität eine Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung ausgeschlossen, wenn der von ihr Betroffene selbst fortbewegungsunfähig ist.²⁶³

Dass die Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen bei opfereigener Fortbewegungsunfähigkeit nicht wegen Freiheitsberaubung strafbar ist, vermittelt eine trügerische Sicherheit für das Pflegepersonal. Da Bewegungsunfähige weiterhin zum Schutzbereich der Freiheitsberaubung zählen, bleibt eine Freiheitsberaubung an ihnen möglich. Die Möglichkeit besteht aber nur in Form des Unterlassens^{264 265}. Grund ist die

²⁶¹ Vgl. dazu allgemein m.w.N. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 17ff.

²⁶² Vgl. dazu allgemein m.w.N. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 351ff.

²⁶³ S. auch Erstes Kapitel, A III.

²⁶⁴ Vgl. dazu allgemein m.w.N. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 521ff.

Kausalität. So kann nur noch ein Unterlassen als Eingriff quasikausal²⁶⁶ sein für eine Fortbewegungsunfähigkeit eines Fortbewegungsunfähigen. Im obigen Beispiel kann die bettlägerige Heimbewohnerin mit Hilfe des Pflegepersonales auf die Toilette gehen. Kommt das Pflegepersonal dem nicht nach, dann ist dieses Unterlassen quasikausal für ihre Fortbewegungsunfähigkeit.

Allgemein kann an einem selbst Fortbewegungsunfähigen nur eine Freiheitsberaubung begangen werden, indem man ihm Hilfe bei der Fortbewegung verweigert.²⁶⁷ Entscheidend ist damit nicht mehr die freiheitsentziehende Maßnahme als solche, sondern das Verhalten des Pflegepersonals. Die Relevanz der opfereigenen Fortbewegungsfähigkeit liegt damit auch im unterschiedlichen Zeitpunkt einer möglichen Freiheitsberaubung. Fortbewegungsfähige Heimbewohner können mit der Vornahme der freiheitsentziehenden Maßnahmen Opfer einer Freiheitsberaubung sein; Fortbewegungsunfähige dagegen erst, wenn sie ein Fortbewegungsverlangen an Dritte äußern.

Hinzu kommt, dass generell der Tatbestand eines Unterlassens höheren Abwägungen unterliegt als der eines Tuns, gemäß § 13 I StGB bedarf die Gleichstellung eines Unterlassens gegenüber einem Tun einer Berechtigung.²⁶⁸ Neben der Garantenstellung²⁶⁹ sind bei Unterlassen unter anderem die Handlungsmöglichkeit²⁷⁰ und die Zumutbarkeit²⁷¹ der Vornahme der unterlassenen Handlung festzustellen. Eine Garantenstellung des Pflegepersonals ist gegenüber den Heimbewohnern noch problemlos anzunehmen. Schwieriger wird es bei der Handlungsmöglichkeit und vor allem der Zumutbarkeit, etwa wenn hinzukommt, dass das Pflegepersonal zeitgleich einen anderen Heimbewohner versorgt. Für den betroffenen Heimbewohner stellt sich dabei umgekehrt die Frage, wie lange ihm zuzumuten ist, dass er nicht auf die Toilette gebracht wird. Eindeutig ist dagegen folgende Konstellation: Wäre die Heimbewohnerin selbst fortbewegungsfähig, dann könnte bereits ihre Fixierung den Tatbestand der Freiheitsberaubung durch Tun verwirklichen, ohne eine

²⁶⁵ Speziell zur Unterlassensstrafbarkeit bei § 239 I StGB: Fischer, § 239 StGB, Rn. 10; SK-Horn, § 239, Rn. 8; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 156; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 28. Vgl. auch Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, S. 224.

²⁶⁶ Zum Begriff: Arzt, JA 1980, 553, 556.

²⁶⁷ Vgl. auch: Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 156; LK-Träger, § 239, Rn. 10.

²⁶⁸ Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 521f. Allgemein dazu: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band II), S. 710ff.

²⁶⁹ Allgemein dazu: Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 537ff.

²⁷⁰ Allgemein dazu: NK-Wohlers, § 13, Rn. 12.

²⁷¹ A.A.: Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 523. Zur h.A., Zumutbarkeit als Tatbestandsmerkmal, dagegen m.w.N. bei: NK-Wohlers, § 13, Rn. 17f.

Garantenstellung, die Handlungsmöglichkeit oder die Zumutbarkeit des Pflegepersonals zu hinterfragen.

2. Anforderungen an die körperliche Fortbewegungsfähigkeit

Da erst mit der eigenen körperlichen Fortbewegungsfähigkeit ein Mensch Opfer einer Freiheitsberaubung durch ein Handeln werden kann, ist es erforderlich zu hinterfragen, was die eigene körperliche Fortbewegungsfähigkeit im Sinne des § 239 StGB voraussetzt.

Ein halsabwärts Querschnittsgelähmter kann sich nicht ohne Hilfsmittel oder Hilfe Dritter fortbewegen.²⁷² Sicher ist auch, dass Fortbewegung im Sinne des § 239 I StGB nicht mit Bewegung gleichzusetzen ist. Dies folgt aus dem Schutzgut der Freiheitsberaubung, geschützt ist nämlich nur die Bewegung, die auf ein Fortkommen ausgelegt ist.²⁷³ Um eine Fortbewegung handelt es sich nach dem LG Frankfurt bereits dann, wenn eine Heimbewohnerin "zwar weder stehen noch gehen kann, [...] sich jedoch in geringem Umfang nach vorne beugen und sich innerhalb eines Stuhles bewegen kann"²⁷⁴. Aus diesem betreuungsrechtlichen Beschluss geht hervor, dass mit Anbringen eines Therapietisches an diesen Stuhl eine freiheitsentziehende Maßnahme vorliegt.²⁷⁵

Welche Anforderungen an die opfereigene Fortbewegung jedoch im strafrechtlichen Sinne des § 239 StGB zu stellen sind, dazu gibt in Literatur und Rechtsprechung einzig die schon angesprochene Entscheidung des BayObLG²⁷⁶ einen Anhaltspunkt. Die Richter wiesen darauf hin, dass sie eine Fortbewegung "etwa aus einem Raum in den anderen"²⁷⁷ vor Augen hätten. Als erforderlich wird also die Fähigkeit zur Überwindung einer räumlichen Distanz angesehen.

Das Gericht traf insofern eine weite Auslegung des Fortbewegungsbegriffs, als die Art der Fortbewegung unerheblich blieb, gleichgültig also, ob es sich um Gehen, Laufen, Krabbeln, Robben oder Kriechen handelt. In der Tat ist aus dem Wortlaut des § 239 I StGB kein Grund ersichtlich, die Fortbewegungsfähigkeit auf eine bestimmte Fortbewegungsart zu

²⁷² Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 1336.

²⁷³ S/S-Eser, § 239, Rn. 1; SK-Horn, § 239, Rn. 2; Arzt, Strafrecht BT, S. 224.

²⁷⁴ LG Frankfurt, Beschl. v. 17.12.1992 - 2/9 T 994/92, FamRZ 1993, 601, 601.

²⁷⁵ LG Frankfurt, Beschl. v. 17.12.1992 - 2/9 T 994/92, FamRZ 1993, 601. Vgl. auch Erstes Kapitel, E.II. 2.

²⁷⁶ BayObLG, Urte. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

²⁷⁷ BayObLG, Urte. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237, 237.

beschränken, und auch Sinn und Zweck gebietet eine weite Auslegung. Sie entspricht dem Tatsächlichen: Es gibt die unterschiedlichsten Methoden, eine Distanz zu überwinden. Auch spiegelt sich hierin eine systematische Überlegung wider. Freiheitsberaubung ist mittelunabhängig. Jedes Mittel kann den Erfolg einer Freiheitsberaubung herbeiführen.²⁷⁸ Die Notwendigkeit der Mittelunabhängigkeit zeigt sich besonders deutlich bei Menschen mit eingeschränkter Fortbewegungsfähigkeit. Für einen Menschen, der nur mit den Armen über den Boden robben kann, weil seine Beine gelähmt sind, ist eine geschlossene Tür ein unüberwindbares Hindernis.²⁷⁹ Alle Fortbewegungsarten gleichermaßen zu schützen entspricht der Mittelunabhängigkeit der Freiheitsberaubung.

Sieht man Fortbewegung i.S.d. § 239 I StGB nur als Distanzüberbrückung an, fragt sich weiter, ob eine Mindestdistanz erforderlich ist, in anderen Worten, ob Fortbewegungsfähigkeit nur dann gegeben sein kann, wenn der Betroffene aktuell fähig ist, eine nicht unerhebliche Distanz zurücklegen. Das vom BayObLG gewählte Beispiel stützt eine solche Forderung. „Von Raum zu Raum“²⁸⁰ betrüge immerhin eine Distanz von wenigen Metern. Letztendlich ist eine solche Distanzbestimmung aber unbrauchbar, denn sie berücksichtigt nicht die benötigte Zeit. Selbst wenn ein Mensch nur noch kriechen kann, bedeutet dies nicht, dass er nur einen Meter schaffen würde. Er benötigt, je länger die Distanz ist, nur mehr Zeit. Ein Distanzkriterium ist vielmehr also so zu verstehen, dass es eine Abgrenzung zur bloßen Körperbewegung schafft. Unzureichend ist das bloße Bewegen der Extremitäten, sondern es ist eine bemerkbare Ortsveränderung zu fordern. Der eingangs erwähnte betreuungsrechtliche Beschluss²⁸¹ ist daher im Hinblick auf § 239 StGB anders zu beurteilen: Weil die noch verbliebene Fähigkeit "sich in geringen Umfang nach vorne beugen und sich innerhalb des Stuhles bewegen zu können"²⁸² zu keiner bemerkbaren Ortsveränderung befähigt, ist das Anbringen des Therapietisches noch nicht kausal für eine Freiheitsberaubung.

Fortbewegungsfähig i.S.d. § 239 I StGB ist generell ein Mensch, der seinen Aufenthaltsort ändern könnte, unabhängig von Bewegungsart, Schmerzen und Dauer, solange eine Ortsveränderung bemerkbar wäre.

²⁷⁸ S. u.a. S/S-Eser, § 239, Rn. 6; NK-Sonnen, § 239, Rn. 18; Bloy, ZStW96 1984, 703, 703.

²⁷⁹ Vgl. zum Hindernisbegriff Viertes Kapitel B. II. 1.

²⁸⁰ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237, 237.

²⁸¹ LG Frankfurt, Beschl. v. 17.12.1992 - 2/9 T 994/92, FamRZ 1993, 601.

²⁸² LG Frankfurt, Beschl. v. 17.12.1992 - 2/9 T 994/92, FamRZ 1993, 601, 601.

Die Anforderungen an die opfereigene Fortbewegung im Rahmen des § 239 I StGB erweisen sich damit insgesamt betrachtet als gering. Dies kommt Heimbewohnern mit Bewegungsstörungen entgegen. Die erwähnte betreuungsrechtliche Entscheidung ist die Ausnahme, denn auch bei erheblichen Bewegungsstörungen verbleibt den Betroffenen meist noch eine irgendwie geartete Mobilität. Und diese kann selbst darin liegen, so geschehen, dass ein bettlägeriger Heimbewohner sich vor Furcht aus seinem Bett rollt, zu Boden stürzt, und sich unter dem Bett versteckt.²⁸³ Auch wenn er nur eine geringe Distanz zurücklegte, so verursachte sein leeres Bett am nächsten Morgen für das Pflegepersonal nicht nur ein "Schreck", sondern zeugte von einer jedenfalls bemerkbaren Ortsveränderung. Auch können technische Hilfsmittel bei Menschen mit Bewegungsstörungen zumindest zeitweise eine selbstständige Fortbewegung ermöglichen. Bewegungsstörungen und die opfereigene Fortbewegung schließen daher einander nicht aus. Unfähigsein zur selbstständigen Fortbewegung im dargelegten Sinne des § 239 I StGB trifft nur auf wenige Heimbewohner zu.

III. Fazit

Zum Schutzbereich der Freiheitsberaubung zählen auch Heimbewohner, die sich wegen körperlicher Gebrechen nicht oder nur beschwerlich fortbewegen können. Voraussetzung ist aber, dass sie transportfähig sind. Die Transportmöglichkeit durch Dritte überbrückt sozusagen die eigene Fortbewegungsunfähigkeit. Eigenes Bewegungsvermögen entscheidet über die Begehungsform der Freiheitsberaubung, ob durch Tun oder Unterlassen. Mangels Kausalität ist das Hindern der Fortbewegung eines Bewegungsunfähigen offensichtlich keine Freiheitsberaubung. Möglich bleibt eine Freiheitsberaubung durch Unterlassen, die aber im stärkeren Maße Abwägungen unterliegt. Diese muss die betroffene Heimbewohnerin hinnehmen. Dies relativiert sich jedoch, da die Anforderungen sehr gering ausfallen, die im Sinne des § 239 I StGB an die opfereigene Fortbewegungsfähigkeit zu stellen sind. Bewegungsstörungen stehen dem meist nicht entgegen. Körperliche Gebrechen von Heimbewohnern haben daher in der Regel keine Auswirkungen auf die Einbeziehung dieser Personen in den Schutzbereich des § 239 I StGB.

²⁸³ Loerzer, SZ vom 28.04.2003.

D. Geistige Gebrechen und § 239 I StGB

Wenn ein Mensch sich nicht fortbewegen kann, weil er gelähmt ist oder wegen anderer körperlicher Bewegungsstörungen, liegt die Vermutung nahe, dass dieser Mensch nicht Opfer einer Freiheitsberaubung werden kann - da er scheinbar nicht über die zu schützende Eigenschaft verfügt, kann sie ihm auch nicht entzogen werden. Diese Folgerung ist auch bei geistigen Gebrechen möglich, sofern das Schutzgut der Freiheitsberaubung, die Fortbewegungsfreiheit,²⁸⁴ erst durch die geistigen Fähigkeiten des möglichen Opfers vervollständigt wird, also ein Fortbewegen im Sinne des § 239 StGB geistige Mindestanforderungen an das Opfer stellt.

In der Tat besteht ein Zusammenhang zwischen körperlicher Fortbewegung und geistiger Fähigkeit: Bereits ein Fortbewegen durch Gehen fordert einem Menschen ein hohes Steuerungsvermögen ab.²⁸⁵ Unser Zentralnervensystem (Gehirn und Rückenmark) stimmt die Muskelkontraktionen des Bewegungsapparates aufeinander ab, es sorgt dafür, dass wir Hindernissen ausweichen können, und es erinnert uns an das Ziel und an den Weg zurück.²⁸⁶ Dies sind nur einige wenige Faktoren einer bewussten Fortbewegung. Einem gesunden Menschen fallen sie nicht weiter auf, sie geschehen automatisch,²⁸⁷ aber Menschen mit Bewusstseins- und Orientierungsstörungen können sie vor erhebliche Probleme stellen: Bewegungsabläufe funktionieren nicht von alleine, Hindernisse werden nicht erkannt, oder man weiß schlichtweg nicht mehr, wo man sich befindet.²⁸⁸ Selbst wenn der Betroffene sich fortbewegt, kann es sich dabei nur um eine unkontrollierte, rein körperliche Fortbewegung handeln.

Fraglich ist, welche Anforderungen konkret an die geistige Komponente der Fortbewegungsfreiheit zu stellen sind. Bei den hier betroffenen möglichen Opfern, den Bewohnern von Altenpflegeheimen, handelt es sich zudem um eine Gruppe, bei denen sich Bewegungsstörungen geistiger Natur häufen.²⁸⁹ Paradefall sind Demenzerkrankungen. Hohe

²⁸⁴ S. u.a. Fischer, § 239 StGB, Rn. 2; S/S-Eser, § 239, Rn. 1; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 155; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 1; Arzt, Strafrecht BT, S. 224f.

²⁸⁵ S. Baumann, Bewegungslehre, S. 14ff. Vgl. auch Lehr, Psychologie des Alterns, S. 108.

²⁸⁶ Vgl. Meusel, Bewegung, Sport und Gesundheit im Alter, S. 37ff; Baumann, Bewegungslehre, S. 17ff.

²⁸⁷ S. Lehr, Psychologie des Alterns, S. 108.

²⁸⁸ Vgl. Rupprecht, Psychiatrie und Psychotherapie, S. 159f.

²⁸⁹ S. Lehr, Psychologie des Alterns, S. 108ff; Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260, 261f; Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 26; Meusel, Bewegung, Sport und Gesundheit im Alter, S. 122ff; AmtsG Recklinghausen, Beschl. v. 31.03.1987 - C VIII 721, FamRZ 1988, 653.

körperliche Mobilität, zumindest im Anfangsstadium, trifft bei Demenzkranken auf ein zunehmend eingeschränktes Orientierungs- und Steuerungsvermögen.²⁹⁰ Möglich ist daher, dass Demenzkranke und andere Heimbewohner den geistigen Anforderungen der Fortbewegungsfreiheit nicht genügen; sie wären dann keine tauglichen Opfer einer Freiheitsberaubung.²⁹¹

I. Geistige Fortbewegungsfreiheit im Sinne des § 239 I StGB

Hinsichtlich alter Menschen blieb in Rechtsprechung und Lehre die geistige Komponente der Fortbewegungsfreiheit bisher unerörtert.²⁹² Generell sind Ausführungen zur geistigen Fortbewegungsfreiheit rar. Überwiegend beziehen sie sich auf die Opfereigenschaft von Kleinstkindern.²⁹³ Die dabei vorgenommenen Einschränkungen des Schutzbereiches der Freiheitsberaubung wurden mittlerweile auf Schwerstbehinderte ausgeweitet.²⁹⁴

Prägend ist wiederum die Entscheidung des BayObLG²⁹⁵ aus dem Jahr 1951, die die Fortbewegungsfähigkeit eines 12 Monate alten Säuglings zum Gegenstand hatte. Über dessen Fortbewegungsfreiheit urteilte das Gericht, dass "selbst wenn es sich in unbeholfener Weise bewegen und Wünsche über eine Veränderung seines augenblicklichen Zustandes äußern könnte, sind diese Möglichkeiten zu unbestimmt, um als Fähigkeit einer willkürlichen, von einem sinnvollen Ziel geleiteten Fortbewegung - etwa aus einem Raum in einen anderen - aufgefaßt zu werden."²⁹⁶

Der erste Teil dieses Zitates bezieht sich noch auf die körperliche Fortbewegungsfreiheit. Ausführungen zu dessen geistiger Seite finden sich im zweiten Teil. Es ergeben sich hieraus drei Anforderungen: Fortbewegung muss willkürlich, d.h. sie muss von einem Willen gelenkt sein²⁹⁷, Fortbewegung muss zielgerichtet sein, und es muss sich dabei um ein sinnvolles Ziel handeln.

²⁹⁰ S. Rupprecht, Psychiatrie und Psychotherapie, S. 159f.

²⁹¹ Vgl. dazu auch Polenz, Altenheim 1987, 27, 27.

²⁹² Im Ansatz schon: Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 93.

²⁹³ Insbesondere BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

²⁹⁴ S. LK-Träger, § 239, Rn. 6; Geerds, JR 1984, 430, 432.

²⁹⁵ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

²⁹⁶ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

²⁹⁷ Vgl. Wahrig, Deutsches Wörterbuch, S.1436.

Diese Anforderungen fanden Zustimmung in der Lehre. Viele Autoren berufen sich auf das Urteil, jedoch ohne alle der aufgezeigten Anforderungen zu nennen.²⁹⁸ Lediglich auf die willkürliche Fortbewegung wird des Öfteren eingegangen,²⁹⁹ immer dann, wenn die Fähigkeit des Opfers zu einem Fortbewegungswillen gefordert wird.³⁰⁰ In einem Punkt ist die Wirkung des Urteiles umstritten. Es geht dabei um die Frage, ob ein Säugling bis 12 Monate generell aus dem Schutzbereich der Freiheitsberaubung zu verbannen ist, so wohl die noch herrschende Lehre.³⁰¹ Nach anderer Ansicht gibt es keine starre Grenze, auch jüngere können im Einzelfall den gestellten Anforderungen genügen, mit Verweis auf neue Erkenntnisse über die sensorischen Fähigkeiten von Säuglingen.³⁰²

Fortan diene die Entscheidung des BayObLG der Rechtsprechung³⁰³ wie auch der Lehre³⁰⁴ als Vergleich: Eine Person genüge den Anforderungen an die Fähigkeit zum Fortbewegungswillen nicht, wenn ihr Willensbildungs- und Willensbetätigungsvermögen dem eines Kleinstkinds gleiche. Konkret ist dieser Vergleich herangezogen worden, um die Fortbewegungsfähigkeit von geistig behinderten Menschen zu beurteilen.³⁰⁵

Darüber hinaus warten Rechtsprechung und Lehre noch mit zwei nicht näher erläuterten Feststellungen auf: Einmal, dass für den Fortbewegungswillen ein natürlicher Fortbewegungswille ausreiche,³⁰⁶ und zum anderen, dass chronisch Willensunfähige nicht vom Tatbestand der Freiheitsberaubung geschützt seien.³⁰⁷ Damit erschöpfen sich die bisher getroffenen Präzisierungen der geistigen Fortbewegungsfreiheit.

²⁹⁸ S. u.a. Fischer, § 239 StGB, Rn. 3; S/S-Eser, § 239, Rn. 3; NK-Sonnen, § 239, Rn. 14; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 155; LK-Träger, § 239, Rn. 6.

²⁹⁹ S/S-Eser, § 239, Rn. 3; NK-Sonnen, § 239, Rn. 14; LK-Träger, § 239, Rn. 4.

³⁰⁰ Andere Ansicht: Sog. „Bewegungsraumtheorie“, vgl. Drittes Kapitel, hierzu insbesondere auch: Kargl, JZ 1999, 72, 75ff.

³⁰¹ Fischer, § 239 StGB, Rn. 3; S/S-Eser, § 239, Rn. 3; NK-Sonnen, § 239, Rn. 14; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 155. Vgl. dazu auch Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, S. 222.

³⁰² MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 9.

³⁰³ BGH, Urt. v. 06.12.1983 - 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183, 187f.

³⁰⁴ Fischer, § 239 StGB, Rn. 3; LK-Träger, § 239, Rn. 6; Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 83ff.

³⁰⁵ LK-Träger, § 239, Rn. 6; Geerds, JR 1984, 430; BGH, Urt. v. 06.12.1983 - 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183, 187f.

³⁰⁶ S/S-Eser, § 239, Rn. 3; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 156; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 7; LK-Träger, § 239, Rn. 4; BGH, Urt. v. 13.05.1969 - 2 StR 616/68, BGHSt 23, 1, 3.

³⁰⁷ S/S-Eser, § 239, Rn. 3; Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 143; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 7; LK-Träger, § 239, Rn. 6.

1. Zielgerichteter Fortbewegungswille als wesentliches Kriterium

Die über die Entscheidung des BayObLG³⁰⁸ hinausgehenden Präzisierungen der geistigen Fortbewegungsfreiheit haben nur eine geringe Eigenbedeutung. Wird der natürliche Fortbewegungswille betont, dann ist damit das eigentlich selbstverständliche gemeint, dass es auf die Geschäftsfähigkeit einer Person nicht ankommt. Auch Kinder und Betreute sind daher potentielle Opfer einer Freiheitsberaubung. Werden ferner chronisch Willensunfähige generell als nicht durch die Freiheitsberaubung geschützt angesehen, dann ist dies eine konsequente Fortschreibung der Entscheidung des BayObLG³⁰⁹. Reicht bereits die Willensfähigkeit nicht aus, die soweit beschränkt ist, dass eine zielgerichtete Fortbewegung unmöglich ist, dann, so das BayObLG, ist es erst recht nicht ausreichend, wenn Personen überhaupt keinen (Fortbewegungs-)Willen bilden können. Bei den Präzisierungen zur geistigen Komponente der Fortbewegungsfreiheit handelte es sich daher im Wesentlichen nur um die Kriterien des BayObLG.

Zentrale Forderung dieser Entscheidung³¹⁰ ist die Fähigkeit zur willkürlichen Fortbewegung oder, unmissverständlicher ausgedrückt, die Fähigkeit, einen Fortbewegungswillen zu bilden. Der Fortbewegungswille wird noch weiter konkretisiert: Er muss auf ein Ziel gerichtet sein, mithin auf ein sinnvolles. Daraus folgt, dass die Fortbewegung eines Menschen noch nicht die Fähigkeit zum Fortbewegungswillen impliziert. Fortbewegung kann bloß reflexartig sein, also bereits nicht von einem Willen getragen sein. Und selbst wenn Fortbewegung auf einem Fortbewegungswillen beruht, dann bedeutet dies noch nicht, dass es ein zielgerichteter Fortbewegungswille ist. Ein zielgerichteter Fortbewegungswille setzt eine Gedächtnisleistung voraus. Die Person muss ihren Entschluss beibehalten können, einen konkreten Ort aufzusuchen. Nur so ist eine zielorientierte Fortbewegung vorstellbar.

Hinzukommt, dass es sich bei dem angepeilten Ort um ein sinnvolles Ziel handeln muss, so das BayObLG.³¹¹ Welche angestrebten Aufenthaltsorte als sinnvoll gelten, erläuterte das Gericht nicht. Diese Einschränkung kann aber letztendlich als bedeutungslos angesehen werden, denn es geht nur um die Fähigkeit zur Bildung des Fortbewegungswillens. Und wer

³⁰⁸ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

³⁰⁹ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

³¹⁰ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

³¹¹ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

die Fähigkeit hat, den Entschluss zu fassen, sich zu einem nicht sinnvollen Ort hinzubegeben, der wird auch die Fähigkeit haben, sich zu entschließen, einen sinnvollen Ort aufzusuchen. Hinsichtlich der Willensfähigkeit, kann zwischen sinnvoll und sinnlos nicht unterschieden werden.

2. Fazit

Zusammenfassend bleibt es für die geistige Fortbewegungsfreiheit nach § 239 StGB im Wesentlichen nur dabei, dass das Opfer einer Freiheitsberaubung fähig sein muss, einen zielgerichteten Fortbewegungswillen zu bilden. Insgesamt zeichnet sich in Rechtsprechung wie auch der Lehre damit die Tendenz ab, die Anforderungen an die Fähigkeit zum Fortbewegungswillen niedrig zu wählen.³¹² So findet eine Meinungsbildung nur am unteren Rand der Anforderungen an die geistige Fortbewegungsfreiheit statt. Es wird eher in Frage gestellt, ob ein Kleinstkind nicht doch die Fähigkeit einer Fortbewegung im Sinne des § 239 StGB habe,³¹³ als dass sie jemand nur dem Geschäftsfähigen zusprechen würde. Einem Menschen die geistige Fortbewegungsfreiheit abzusprechen hat Ausnahmecharakter.

II. Die Beurteilung des Fortbewegungswillens bei Heimbewohnern

Ob Heimbewohner den geistigen Anforderungen der Fortbewegungsfreiheit im Sinne des § 239 I StGB genügen, wird unterschiedlich zu beurteilen sein. Nach den vorangegangenen Ausführungen müsste dafür der Einzelne fähig sein, einen gezielten Fortbewegungswillen zu entwickeln. Ausreichend ist dafür ein natürlicher Wille, gerichtet auf eine Ortsveränderung hin zu einem Zielort.

Einen Fortbewegungswillen im Einzelfall festzustellen erweist sich einerseits als schwierig. Es handelt sich um ein inneres Merkmal einer Person; es ist nicht unmittelbar zu erkennen, sondern nur mittelbar anhand eines darauf schließenden äußerlichen Verhaltens. Hinzukommt, dass für einen solchen Rückschluss die Standards fehlen - Ermittlungsmethoden anhand des Verhaltens und anderer Äußerlichkeiten des Betroffenen gibt es nicht. Und schließlich weisen die alterstypischen Erkrankungen eine große Bandbreite

³¹² Vgl. dazu bereits: Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 93.

³¹³ S. MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 9.

in ihrer Intensität auf.³¹⁴ Verwirrungszustände und Bewusstseinsstörungen können bereits bei derselben Person an unterschiedlichen Tagen verschieden stark ausgeprägt sein.³¹⁵ Eine Krankheit wie etwa Alzheimer in einem fortgeschrittenen Stadium weckt zwar die Vermutung, dass der Betroffene sich zumindest nicht mehr dauerhaft gezielt fortbewegen kann, schließt dies aber nicht aus.³¹⁶ Bei der Feststellung müssen im Einzelfall viele Umstände beachtet werden, womöglich ist eine längere Beobachtung des Betroffenen erforderlich, und sein Zustand ist immer wieder zu überprüfen.

Andererseits kann die Feststellung auch sehr einfach möglich sein. Die Anforderungen an einen Ausschluss aus dem Schutzbereich sind eben sehr hoch, oder umgekehrt, die Voraussetzungen sehr gering, ab denen jemand als fähig zur Fortbewegungsfreiheit gilt.³¹⁷ Dazu ein Beispiel: Wenn eine Heimbewohnerin eigenständig die Toilette aufsucht, zeigt sie damit eine willensgetragene, zielorientierte Fortbewegung. Ist sie körperlich fortbewegungsunfähig, dann zeigt der Wunsch an das Pflegepersonal, die Toilette aufzusuchen, ihre Befähigung ebenfalls. In beiden Fällen zählt die Heimbewohnerin problemlos zum Schutzbereich der Freiheitsberaubung.

Aufgrund des Verhaltens der Heimbewohner kann es also leicht möglich sein, die Fähigkeit, einen gezielten Fortbewegungswillen zu bilden, zu erkennen. Auch kann die Möglichkeit bestehen, Heimbewohner zu befragen, ob sie ihre Fortbewegung nachvollziehen können, d.h. ob sie ihren unmittelbaren Herkunfts- und Zielort kennen. Für einen Großteil der Heimbewohner dürfte es daher unproblematisch sein, bei ihnen die geistige Fortbewegungsfreiheit festzustellen. Geistige Bewegungsstörungen stehen dem grundsätzlich nicht entgegen. Alten Menschen kann als Gruppe, anders als bei Kleinstkindern und Schwerstbehinderten,³¹⁸ die Fähigkeit zum Fortbewegungswillen nicht versagt werden. Alterskrankheiten sind, wenn überhaupt, nur ein schwaches Indiz zum Schutzbereichsausschluss. Dies erscheint nur bei wirklich tiefgreifenden Bewusstseins- und Verwirrungszuständen möglich, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.

³¹⁴ Vgl. Lehr, Psychologie des Alterns, S. 87ff; Becker, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 260, 261f.

³¹⁵ Jonas, Pro Alter (Kuratorium Deutsche Altershilfe) 2006, 58; Stoppe, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1999, 153.

³¹⁶ Vgl. Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 435f; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 516ff.

³¹⁷ Vgl. auch: Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 93.

³¹⁸ Vgl. dazu Zweites Kapitel, D. I.

1. Tiefgreifende Bewusstseinsstörungen und Verwirrungszustände

Ein Ausschluss von Heimbewohnern mit geistigen Gebrechen aus dem Schutzbereich des § 239 StGB scheint nur bei tiefgreifenden Bewusstseinsstörungen und Verwirrungszuständen in Betracht zu kommen.

Hierbei zeigen sich die bisherigen Anforderungen an die geistige Fortbewegungsfreiheit als wenig hilfreich. Alte Menschen sind nicht mit Kleinstkindern und Schwerstbehinderten vergleichbar.³¹⁹ Hier bestehen wesentliche Unterschiede: Bei alten Menschen war die Fortbewegungsfreiheit in vergangenen Tagen zumindest vorhanden. Ferner gründen die Gruppen Kleinstkinder und Schwerstbehinderte auf die Erkennbarkeit des Fortbewegungswillens, sie betreffen in der Regel Menschen, die sich fortbewegen, wenn auch ziellos. Dagegen können die gerade bei alten Menschen auftretenden Bewusstseinsstörungen dazu führen, dass sie sich völlig apathisch zeigen.³²⁰ Schließlich sind Kleinstkinder und Schwerstbehinderte Beispiele für einen, zum Teil vorübergehenden, aber andauernden Verlust der Fähigkeit zum gezielten Fortbewegungswillen. Anders Verwirrungszustände und Bewusstseinsstörungen alter Menschen, die auch bloß von kurzer und regelmäßig nicht zu bestimmender Dauer sein können.³²¹ Diesen und weiteren Unterschieden wird im Folgenden nachgegangen. Fraglich ist, ob und wie sich diese Unterschiede im Einzelfall auf die Feststellung der Fortbewegungsfreiheit auswirken.

a) Der Verlust der Fortbewegungsfreiheit

Die Ausgangslage der Beurteilung der Fortbewegungsfähigkeit ist bei alten Menschen eine besondere. Sie waren in vergangenen Tagen fortbewegungsfähig im Sinne des § 239 I StGB. Bei alten Menschen ist es also der Verlust der Fortbewegungsfähigkeit, der zu untersuchen ist. Dagegen beziehen sich die bisherigen Ausführungen zur Fortbewegungsfähigkeit von Kleinstkindern und Schwerstbehinderten auf eine andere Ausgangslage: Kleinstkinder haben noch nicht, und Schwerstbehinderte haben in der Regel nie die Fortbewegungsfähigkeit erlangt.

³¹⁹ Vgl. dazu aber: Dodegge, FamRZ 1993, 1347, 1349; Gastiger, NDV 1989, 83, 85.

³²⁰ Vgl. Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 388f; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 772f. Vgl. auch Ried, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 297, 298ff.

³²¹ Vgl. auch Rupprecht, Psychiatrie und Psychotherapie, S. 13f.

Für die Voraussetzungen der Fortbewegungsfreiheit sind aus der veränderten Ausgangslage keine Folgen zu erwarten. Den Voraussetzungen einmal genügt zu haben wirkt nicht auf Dauer. Die Opfereigenschaft bestimmt sich nach § 8 StGB generell nach dem Tatzeitpunkt.³²² Frühere und spätere Fähigkeiten des Opfers können ein Indiz sein für seine Eigenschaften zum Tatzeitpunkt. Dies ändert aber nichts an den Voraussetzungen ansich. Verloren oder nie erlangt, die Voraussetzung ist dieselbe: gezielter Fortbewegungswille während des Tatzeitpunktes.

Auf das Feststellen der Voraussetzungen der geistigen Fortbewegungsfreiheit dürfte die veränderte Ausgangslage aber Einfluss haben, wenn es um den Verlust der Fortbewegungsfreiheit geht. Bereits zuvor wurde das „Indiz“ erwähnt. Dass die geistige Fähigkeit zur Fortbewegung einmal vorhanden war ist ein Indiz dafür, dass sie auch während des Tatzeitpunktes vorhanden ist. Es handelt sich um eine positive Indizwirkung. Dagegen unterliegen gerade Kleinstkinder einer negativen Indizwirkung. Bei ihnen besteht ein Fixpunkt für das Nichtvorhandensein des Fortbewegungswillens. Mag dessen genaue Grenze auch umstritten sein,³²³ so ist auf entwicklungsbiologischer Grundlage gesichert, dass ein Säugling frühestens nach sechs Monaten sensorische Fähigkeiten entwickelt, die eine zielgerichtete Fortbewegung ermöglichen.³²⁴ Eine entsprechende negative Indizwirkung fehlt bei alten Menschen – bis ins hohe Alter können sie die geistige Fähigkeit für einen Fortbewegungswillen haben. Alten Menschen kommt daher die Indizlage zugute, dass zunächst von der Fähigkeit für einen gezielten Fortbewegungswillen auszugehen ist. Dies muss erst entkräftet werden, will man ihnen die Fähigkeit absprechen.³²⁵ Die Feststellung des Verlusts der Fortbewegungsfähigkeit bei einem alten Menschen fällt somit schwerer als die Feststellung des Vorhandenseins bei einem Kleinstkind. Dies gilt insbesondere, solange es für die Bestimmung der Fortbewegungsfähigkeit im Sinne des § 239 I StGB noch keine Standards gibt. Richter und Gutachter werden die Fähigkeit zum Fortbewegungswillen bei einem alten Menschen eher bejahen als bei einem Säugling im Alter von 12 Monaten³²⁶.

³²² Vgl. allgemein dazu m.w.N. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 94.

³²³ M.w.N. MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 9.

³²⁴ Vgl. Baumann, Bewegungslehre, S. 9ff.

³²⁵ Ähnlich für das betreuungsrechtliche Verfahren nach § 1906 IV BGB und den Begriff der "Freiheitsentziehung": OLG Hamm, Beschl. v. 22.06.1993 - ZS, 15 W 145/93, FamRZ 1993, 1490. Demnach sei von der Fähigkeit des Betreuten zu einer natürlichen Willensbildung im Hinblick auf die Fortbewegung solange auszugehen, wie das Gegenteil nicht zuverlässig festgestellt werden kann.

³²⁶ Vgl. dazu Fischer, § 239 StGB, Rn. 3; S/S-Eser, § 239, Rn. 3; NK-Sonnen, § 239, Rn. 14; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 155.

Gerichtliche Entscheidungen, die dies bestätigen oder widerlegen könnten, gibt es, soweit ersichtlich, bisher allerdings nicht.

b) Erkennbarkeit des Fortbewegungswillens

Es gibt kein Verfahren, mit dem die geistige Fortbewegungsfähigkeit gemessen werden kann. In der Regel ist dies kein Problem, da leicht auf die Fähigkeit zu einer gezielten Fortbewegung geschlossen werden kann. Wie aufgezeigt sind die Anforderungen an eine gezielte Fortbewegung gering,³²⁷ eine selbständige Fortbewegung oder der Wunsch, fortbewegt zu werden, reichen aus, wenn erkennbar ist, dass ein bestimmter Ort angesteuert werden soll. Mit großer Sicherheit kann dann auf die geistige Fortbewegungsfähigkeit geschlossen werden, auch ohne ein besonderes Verfahren. Schwieriger ist es, wenn einem Menschen die geistige Fortbewegungsfähigkeit abgesprochen wird. Abgesehen von der pauschalen Beurteilung bei Säuglingen³²⁸ unter einem Jahr bedarf dies eines erheblichen Begründungsaufwands. Denn es ist festzustellen, dass die Fortbewegung einer Person eine unwillkürliche ist, oder dass sie nicht zielgerichtet ist. Diese Feststellung unterliegt keinem Beurteilungsspielraum, der durch ein standardisiertes Verfahren nachvollziehbarer wäre.

Die Beurteilung alter Menschen weist eine Besonderheit auf. Sie liegt in der bei alten Menschen verstärkt anzutreffenden mangelnden Agilität (bzw. Trägheit oder Antriebsverlust).³²⁹ Bei ihnen kann es daher unter Umständen schwierig sein, auf die geistige Fortbewegungsfähigkeit zu schließen. Konkret ist dies der Fall, wenn die mangelnde Agilität soweit geht, dass keine Aktivitäten erkennbar sind, die auf die geistige Fortbewegungsfähigkeit schließen lassen, zum Beispiel, wenn ein Heimbewohner regungslos und nicht ansprechbar ist.³³⁰ Meist handelt es sich um Bewusstseinsstörungen, ausgelöst durch fortgeschrittene Demenz,³³¹ um Kommunikationsstörungen im eigentlichen Sinne,³³² vor allem Sprachstörungen, sog. Aphasie,³³³ etwa nach einem Schlaganfall,³³⁴ oder um die

³²⁷ S. Zweites Kapitel, D. I. und II.

³²⁸ S. Zweites Kapitel, D. I.

³²⁹ Vgl. Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 84 und 416f; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 510ff.

³³⁰ Vgl. Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 84; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 773f.

³³¹ Vgl. auch Ried, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 297, 300; AmtsG Recklinghausen, Beschl. v. 31.03.1987 - C VIII 721, FamRZ 1988, 653, 654.

³³² S. Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 389.

³³³ Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 389; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 97.

Folgen der Einnahme von Medikamenten, vor allem von Psychopharmaka³³⁵. Dies kann dazu führen, dass Heimbewohner apathisch sind, bis hin zu komatösen Zuständen.³³⁶

Solche Zustände stellen die Beurteilung der geistigen Fortbewegungsfreiheit vor neue Herausforderungen. Wie aufgezeigt, wurden die Kriterien im Wesentlichen für einen zwölf Monate alten Säugling entwickelt. Dieser Säugling war agil. Er krabbelte oder schrie, womit er ein Missfallen des momentanen Aufenthaltsorts auszudrücken vermochte. Damit signalisierte er eine mögliche geistige Fähigkeit zur Fortbewegungsfreiheit, die dem Gericht³³⁷ Anhaltspunkte dazu lieferte, Bewegungen des Säuglings als eine nicht gezielte Fortbewegung zu würdigen.³³⁸ Fraglich ist, was es für die Beurteilung der geistigen Fortbewegungsfreiheit bedeutet, wenn ein solches äußerliches Tun fehlt, so wie es bei apathischen Heimbewohnern der Fall sein kann.

Eine fehlende Manifestation des Bewegungswillens bedeutet nicht zwingend, dass einer Person die geistige Fortbewegungsfreiheit abzusprechen ist. Ein solcher Rückschluss ist unsicher, schließlich kommt es nur auf die Fähigkeit zu einem gezielten Fortbewegungswillen an.³³⁹ Die Fähigkeit kann vorhanden sein, auch wenn sie nicht ausgeführt wird. Ein äußerliches Tun führt lediglich dazu, dass ein Verhalten wahrnehmbar wird, das Rückschlüsse auf die geistige Fortbewegungsfähigkeit zulässt. Es ist Indiz, nicht Voraussetzung. Die fehlende Wahrnehmung bedeutet daher in erster Linie, dass auf den Fortbewegungswillen nicht problemlos geschlossen werden kann.

Es fehlt zunächst der einfache Beweis einer ortsbezogenen Fortbewegung oder eines entsprechenden Wunsches. Zusätzlich ist fehlendes äußerliches Tun eher als ein Indiz dafür zu werten, dass die geistige Fortbewegungsfähigkeit fehlt. Auf der anderen Seite liegt ein Indiz für die geistige Fortbewegungsfähigkeit darin, dass es bei Heimbewohnern um den Verlust der Fortbewegungsfähigkeit geht, und sie in der Vergangenheit in der Regel unproblematisch fortbewegungsfähig im Sinne des § 239 I StGB waren.³⁴⁰ Hier sind im Einzelfall noch weitere Kriterien hinzuzuziehen und abzuwägen. Generell lässt sich daraus

³³⁴ Apoplexie, s. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, S. 100.

³³⁵ S. Pantel/Weber/Bockenheimer-Lucius, et al., Psychopharmaka im Altenpflegeheim, 2005, S. 8 und 38ff; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 34 und 544.

³³⁶ Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 84 und 388f.

³³⁷ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

³³⁸ S. dazu auch Zweites Kapitel, D. II.

³³⁹ Zweites Kapitel, D. II.

bereits schließen, dass das Risiko wächst, den geistigen Anforderungen der Fortbewegungsfreiheit nicht zu genügen, wenn eine Person kein äußerliches Tun zeigt. Gravierende Bewusstseinstörungen von Heimbewohnern sind eine der wenigen Umstände, bei denen erwogen werden kann, Heimbewohner aus dem Schutzbereich des § 239 I StGB auszuschließen.

c) Temporärer Verlust des Fortbewegungswillens

Bewusstseinstörungen und Verwirrungszustände treten vornehmlich schubweise auf. Besonders in den Anfangsstadien einer Demenz verbleiben den Betroffenen Zeiträume, in denen sie agil und geistig klar sind.³⁴¹ In diesen Momenten ist es ihnen möglich, den Anforderungen an die geistige Fortbewegungsfreiheit zu genügen. Ein eventueller Verlust wäre also nur temporär. Fraglich ist, ob dies einem Ausschluss aus dem Schutzbereich der Freiheitsberaubung prinzipiell entgegensteht. Denn spricht man von der Unfähigkeit zu einem Fortbewegungswillen, hat dies auf den ersten Blick einen dauerhaften Charakter.

Bereits die grundlegende Entscheidung des BayObLG³⁴² behandelt einen Fall, bei dem die Unfähigkeit zur geistigen Fortbewegungsfähigkeit nur vorübergehend andauert.³⁴³ Es ist selbstverständlich, dass Kinder mit zunehmendem Alter die Fähigkeit zu einer zielgerichteten Fortbewegung erlangen. Dies verhinderte bekanntlich nicht, Kleinstkinder aus dem Anwendungsbereich des § 239 I StGB auszuschließen.³⁴⁴ Prinzipiell also hindert ein nur vorübergehender Verlust der geistigen Fortbewegungsfreiheit nicht, Menschen als mögliche Opfer aus dem Schutzbereich des § 239 I StGB auszuschließen. Der Ausschluss dauert dann nur solange an wie der Verlust.

Zur temporären Unfähigkeit zur geistigen Fortbewegungsfreiheit ist eine Präzisierung erforderlich: Sie besteht nur, wenn dessen Wiedererlangung dem Einfluss des Betroffenen und Dritter entzogen ist. Die Wiedererlangung muss als Zufall erscheinen. Man könnte daran denken, dass beispielsweise ein Schlafender keinen Fortbewegungswillen haben kann, und er

³⁴⁰ Zweites Kapitel, D. III.

³⁴¹ Vgl. Jonas, Pro Alter (Kuratorium Deutsche Altershilfe) 2006, 58, 58; Rupprecht, Psychiatrie und Psychotherapie, S. 165ff; Seniorenliga, Alzheimer erkennen, Leitfaden für Betroffene und Angehörige, 2005, S. 5ff; Andreae/v.Hayek/Weniger, Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, S. 421ff; Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 516ff.

³⁴² BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

³⁴³ Vgl. auch BGH, Urt. v. 16.06.1959 - I StR 191/59, BGHSt 13, 197, 201.

bis zum Erwachen aus dem Schutzbereich der Freiheitsberaubung fällt. Dem ist nicht so. Der Schlafende büßt seine geistige Fortbewegungsfreiheit nicht ein. Denn weckt man ihn, könnte er sofort einen Fortbewegungswillen realisieren. Anders ist es bei Kleinstkindern, und in der Regel bei Verwirrungszuständen und Bewusstseinsstörungen alter Menschen. Bei ihnen kann keine Maßnahme ergriffen werden, die sie unverzüglich und sicher die geistige Fortbewegungsfreiheit (wieder)erlangen lässt.

An dieser Stelle wird nochmals deutlich, dass die Frage nach der geistigen Fortbewegungsfreiheit nicht zu verwechseln ist mit dem im Rahmen des § 239 I StGB geläufigen Meinungsstreits, ob Freiheitsberaubung nur vor einer Beeinträchtigung des aktuellen Fortbewegungswillens schützt.³⁴⁵ Ein Schlafender hat keinen aktuellen gezielten Fortbewegungswillen. Seine Opfereigenschaft ist daher umstritten.³⁴⁶ Er ist aber, wie aufgezeigt, grundsätzlich dazu befähigt. Dies macht ihn nach anderer Ansicht zu einem möglichen Opfer einer Freiheitsberaubung.³⁴⁷ Nach beiden Ansichten aber kann ein Mensch dann nicht Opfer einer Freiheitsberaubung werden, wenn er generell geistig nicht zur Fortbewegung fähig ist.³⁴⁸ Um diese Frage geht es hier. Für sie hat der Meinungsstreit keine Auswirkungen.³⁴⁹

Auch ein nur zeitweises Auftreten von Verwirrungszuständen und Bewusstseinsstörungen bei alten Menschen kann zu einem Ausschluss aus dem Schutzbereich der Freiheitsberaubung führen, wenn dieser Zustand nicht augenblicklich beendet werden kann.

2. Überbrückung geistiger Fortbewegungsunfähigkeit durch Stellvertretung

Bei der Betrachtung der körperlichen Gebrechen wurde festgestellt, dass dann eine Heimbewohnerin, die sich nicht mehr alleine fortbewegen kann, nicht aus dem Schutzbereich der Freiheitsberaubung ausgeschlossen wird, wenn das Pflegepersonal oder Andere sie auf Wunsch fortbewegen können.³⁵⁰ Körperliche Gebrechen der Betroffenen lassen sich durch Dritte überbrücken. Fraglich ist, ob der Schutzbereich der Freiheitsberaubung es zulässt, dass

³⁴⁴ Zweites Kapitel, B., D. I.

³⁴⁵ Vgl. m.w.N. Arzt, Strafrecht BT, S. 225. Ausführlich bei Kargl, JZ 1999, 72, 73ff.

³⁴⁶ Vgl. dazu auch Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 4ff.

³⁴⁷ Die deutlichste Begründung dazu liefert: LK¹⁰-Schäfer, § 239, Rn. 8ff.

³⁴⁸ Vgl. m.w.N. u.a. Fischer, § 239 StGB, Rn. 3; Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 143; NK-Sonnen, § 239, Rn. 6; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 7 und 11f.

³⁴⁹ Vgl. dazu auch Kargl, JZ 1999, 72, 75.

Dritte auch geistige Gebrechen des Betroffenen überbrücken können. Fehlt der Heimbewohnerin die Fähigkeit, einen Fortbewegungswillen zu fassen, dann wäre sie dennoch von § 239 I StGB geschützt, wenn der Schutzbereich es zuließe, ersatzweise auf den Willen eines Dritten abzustellen, quasi als Stellvertreter ihres Fortbewegungswillens. Mögliche Dritte können etwa Angehörige der Betroffenen sein. Für die Angehörigen wäre die so entstehende Einbindung in den Schutzbereich der Freiheitsberaubung von besonderem Interesse, denn sie sind es, die oftmals über eine „entwürdigende und entstellende Wirkung“³⁵¹ von freiheitsentziehenden Maßnahmen klagen.

In Rechtsprechung und Rechtslehre findet sich, soweit ersichtlich, keine aktuelle Ansicht, die den Willen eines Dritten für den Tatbestand der Freiheitsberaubung für beachtlich hält.³⁵² Demnach wäre die Überbrückung eines geistigen Gebrechens dadurch, dass auf Dritte abgestellt wird, unmöglich. Zwangsläufig bedeutet dies den Ausschluss aus dem Schutzbereich des § 239 StGB für Heimbewohner, die nicht mehr fähig sind, einen Fortbewegungswillen zu bilden. Relevanz wird Dritten lediglich auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zugesprochen. Ihre Einwilligung soll rechtfertigend sein können.³⁵³ Dies allerdings hat keine Auswirkungen mehr auf Heimbewohner, bei denen bereits der Tatbestand der Freiheitsberaubung nicht eingreift.

Auch für Welzel³⁵⁴ und Schäfer³⁵⁵, die oft als Vertreter einer Gegenauffassung genannt werden,³⁵⁶ schien außer Frage zu stehen, dass im Rahmen des Tatbestandes nicht auf Dritte abgestellt werden kann, wenn der Betroffene selbst fähig ist, einen Fortbewegungswillen zu bilden. Nur so erklärt sich, dass auch sie auf mögliche legitime Gründe des Täters für die Freiheitsberaubung, die einer Stellvertretung des Opfers entsprechen, bei der

³⁵⁰ Zweites Kapitel, C. I.

³⁵¹ So Meixner, in: ARD, Die unmenschliche Dauerfixierung in Pflegeheimen, Report aus München, 18.09.2006.

³⁵² S. S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 32; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 10; LK-Träger, § 239, Rn. 6; Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 86ff; BGH, Urt. v. 13.05.1969 - 2 StR 616/68, BGHSt 23, 1, 3. Deutlich auch bei: Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 94.

³⁵³ Vgl. S/S-Eser, § 239, Rn. 8; LK-Träger, § 239, Rn. 24f; Arzt, Strafrecht BT, S. 27f; BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 201f. Vgl. dazu auch Fünftes Kapitel, B. I. 2.

³⁵⁴ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328.

³⁵⁵ LK¹⁰-Schäfer, § 239, Rn. 8 und 14.

³⁵⁶ So u.a. bei MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 10; Schumacher, FS für Wessels, 431, 438; Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 13; BGH, Urt. v. 13.05.1969 - 2 StR 616/68, BGHSt 23, 1, 3; BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

Rechtswidrigkeit eingehen.³⁵⁷ Ein Unterschied ist erst bei Personen ohne Fähigkeit zum Fortbewegungswillen erkennbar. Nach Welzel³⁵⁸ und Schäfer³⁵⁹ entwickelt der Sorgeberechtigte bei einem Säugling stellvertretend den Willen zur Fortbewegung, so dass auch ein Säugling Opfer einer Freiheitsberaubung werden kann. Insofern stehen Welzel und Schäfer gegen die Ansicht des BayObLG³⁶⁰ und die darauf basierende, heute ganz herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur.³⁶¹ Allgemein verstanden traten Welzel und Schäfer dafür ein, nur bei Personen mit fehlender Fähigkeit zum Fortbewegungswillen auf den Willen von Dritten zurückzugreifen.

Wenn das Opfer einen Fortbewegungswillen hat, ist es noch leicht im Sinne der herrschenden Meinung zu begründen, dass Dritte in den Schutzbereich der Freiheitsberaubung nicht einzubeziehen sind, da es um den Schutz vor Zwang geht³⁶². Der Fortbewegungswille des Opfers darf nicht tatbestandslos verletzt werden. Auf der Ebene des Tatbestandes besteht dieser Schutz absolut, d.h. er besteht gegenüber jedermann. Die Beziehung zum Täter und sein Motiv bleiben hier unbeachtlich. Überwiegende Interessen des Täters oder Dritter können daher erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit eingebracht werden, aber nur, soweit Rechtfertigungsgründe einschlägig sind. Dies garantiert dem Opfer einen höheren Schutz vor Zwang, da eventuelle Legitimationen des Täters oder Dritter in der Form von Rechtfertigungsgründen bestimmbar werden. Tatbestandlich kann das Opfer aber sicher sein, dass sein Fortbewegungswille nicht folgenlos gebrochen werden kann. Aus diesem Schutzgedanken heraus ist es notwendig, dass Dritte für den Tatbestand der Freiheitsberaubung unbeachtlich sind.

Beachtet man die Differenzierung zwischen Personen mit und ohne Fortbewegungswillen, dann findet sich jedoch keine überzeugende Begründung mehr, warum bei Personen ohne

³⁵⁷ S. LK¹⁰-Schäfer, § 239, Rn. 23ff u.a. Rn.24 ("Familiäre Selbsthilfe"); Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328 Nr. 3 ("Personensorge und Erziehungsrecht").

³⁵⁸ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328.

³⁵⁹ LK¹⁰-Schäfer, § 239, Rn. 8. In Rn. 14 ergänzt Schäfer dies noch um eine Parallele zu einer Konstellation der Heimtücke, bei der auch auf die Aufsichtsperson abgestellt werde.

³⁶⁰ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

³⁶¹ Zweites Kapitel, B.

³⁶² Vgl. S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 32; BGH, Urt. v. 13.05.1969 - 2 StR 616/68, BGHSt 23, 1, 3. Vgl. auch Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 547.

Fortbewegungswillen nicht auf Dritte zurückgegriffen werden können soll. Eine Zurechnung fremden Willens sei dem Strafrecht eben fremd, so äußerte sich etwa das BayObLG.³⁶³

Vielmehr ist es widersprüchlich, bei potentiellen Opfern mit und ohne Fortbewegungswillen gleichermaßen einen Rückgriff auf Dritte im Rahmen des Tatbestandes zu verwehren. Es besteht bei einer Person ohne Fortbewegungswillen nicht die Gefahr einer Zwangshandlung im engeren Sinne. Denn wo kein Wille besteht, kann kein Wille gebrochen werden. Es besteht daher auch kein Anlass, das Opfer vor einer Bevormundung durch einen Vertreter schützen zu wollen. Es ist gerade der Gedanke des absoluten Opferschutzes, des Schutzes gegenüber jedermann, der dazu veranlasst, Dritte bei der Frage der Erfüllung des Tatbestands außen vor zu lassen. Verfolgt man den Ausschluss Dritter jedoch auch bei Personen ohne Fortbewegungswillen, dann führt dies dazu, dass die Betroffenen zwangsläufig aus dem Schutzbereich der Freiheitsberaubung fallen. Einem generellen Opferschutz dient es also gerade nicht. Aus Gründen des Opferschutzes wären vielmehr Dritte bei Personen ohne Fortbewegungswillen einzubinden. So kann der Schutzbereich der Freiheitsberaubung auch für diese Personen gewährleistet werden.

Andererseits: Wenn eine Person keinen Fortbewegungswillen hat, dann kann eine Beschränkung des Fortbewegungsraums nicht gegen den Willen verstoßen. Eine Zwangshandlung kann nicht eintreten. Wenn aber eine Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB vor Zwang schützen soll, dann ist es konsequent, von vornherein solche Fälle auszuschließen, bei denen kein Zwang bestehen kann.

Diese Konsequenz ist aber nur zu ziehen, wenn eine Freiheitsberaubung immer Zwang voraussetzt, bzw. Zwang möglich sein muss. Davon geht die ganz herrschende Meinung aus und betont damit den Willen des Opfers.³⁶⁴ Entscheidend bei der Nichtberücksichtigung Dritter ist die Systematik der Freiheitsberaubung. Dritte unterlaufen das Zwangserfordernis und ein Rückgriff auf sie wäre demnach inkonsequent.

Im folgenden Kapitel wird darauf eingegangen, ob Zwang tatsächlich eine notwendige Voraussetzung der Freiheitsberaubung ist. An dieser Stelle soll die Feststellung genügen, dass

³⁶³ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237. Ebenso: MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 10; LK-Träger, § 239, Rn. 6; Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 87.

der Opferschutz keine haltbare Argumentation ist, um bei Personen ohne Fortbewegungswillen die Stellvertretung durch Dritte abzulehnen. Zu begründen ist dies nur durch die Systematik des § 239 I StGB, die das Vorhandensein eines Zwangelementes voraussetzend bedingt. Daher ist eine Stellvertretung ausgeschlossen. Fehlen der Fähigkeit zum Fortbewegungswillen bedeutet den Ausschluss aus dem Schutzbereich.

E. Zusammenfassung

Eine Person schläft. Eine andere Person verschließt die Tür des Raums, in dem die Person schläft. Ist dies eine Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB? Auf einen solchen oder vergleichbaren Fall stößt man in der einschlägigen Literatur zwangsläufig, will man sich über die Anforderungen an das Opfer einer Freiheitsberaubung informieren. Es ist die wohl umfassendste Meinungsstreitigkeit im Rahmen des § 239 I StGB, ob Freiheitsberaubung nur einen aktuellen Fortbewegungswillen des Opfers schützt oder darüber hinaus, seine potentielle Fortbewegungsfreiheit. Selten und dann nur bruchstückhaft wird dagegen in der Rechtsdogmatik die Tauglichkeit des Opfers grundsätzlich hinterfragt. Es ist eine Vorfrage des bekannten Meinungsstreits. Den Schlafenden kann man wecken, Schlaf steht deshalb einem Fortbewegungswillen nicht dauerhaft entgegen. Aber was ist, wenn einem Menschen überhaupt die Fähigkeit fehlt, sich fortbewegen zu wollen? Diese Frage stellt sich in der Altenpflege bei bettlägerigen Heimbewohnern oder angesichts von Bewegungsstörungen, die allgemein mit dem Alterungsprozess stark zunehmen. Die Grundlage aller Überlegungen zur Tauglichkeit eines Opfers einer Freiheitsberaubung ist ein Urteil des BayObLG aus dem Jahr 1951, das bis heute keine wesentlichen Ergänzungen erfahren hat. Demnach scheiden diejenigen Menschen als Opfer einer Freiheitsberaubung aus, denen die geistige Fortbewegungsfreiheit fehlt.

Fortbewegungsfreiheit setzt sich aus körperlicher und geistiger Fortbewegungsfreiheit zusammen. Körperliche Fortbewegungsfreiheit lässt sich daran festmachen, ob jemand nicht bloß einzelne Extremitäten bewegen kann, sondern sich auch fortbewegen kann, ihm also eine wesentliche Ortsveränderung möglich ist. Die körperliche Fortbewegungsfreiheit des Einzelnen kann auch darin begründet sein, dass Dritte ein Fortbewegen ermöglichen; letztlich kommt es nur auf diese Transportfähigkeit an. Durch das Pflegepersonal und technische

³⁶⁴ Vgl. dazu eingehend Drittes Kapitel, C. III.

Hilfsmittel besitzt deshalb jeder Heimbewohner die körperliche Fortbewegungsfreiheit in diesem Sinne, unabhängig von seinen Gebrechen und Krankheiten.

Auch die Frage der eigenen körperlichen Fortbewegungsfreiheit ist bedeutsam. Sie entscheidet über den Zeitpunkt einer möglichen Freiheitsberaubung. Die Durchführung freiheitsentziehender Maßnahmen ist gegenüber einem körperlich Fortbewegungsunfähigen niemals kausal für eine Freiheitsberaubung. Erst wenn das Pflegepersonal seinem Fortbewegungswunsch nicht nachkommt, ist eine Freiheitsberaubung denkbar, dann in Form einer Freiheitsberaubung durch Unterlassen.

Die geistige Fortbewegungsfreiheit beschränkt sich darauf, ob das mögliche Opfer fähig ist, einen gezielten Fortbewegungswillen zu bilden. Anders als bei der körperlichen Fortbewegungsfreiheit bleiben Dritte unberücksichtigt. Es gibt also keine Stellvertretung des Fortbewegungswillens. Fehlt dem Betroffenen diese Fähigkeit, ist er kein taugliches Opfer einer Freiheitsberaubung.

Vom Umstand fehlender geistiger Fortbewegungsfreiheit ist nur ein bestimmter Teil der Heimbewohner betroffen. Die Anforderungen an einen gezielten Fortbewegungswillen sind gering. Der Verlust dieser Fähigkeit lässt sich nur schwer mit Sicherheit feststellen. Ein Ausschluss von Heimbewohnern aus dem Schutzbereich des § 239 StGB kommt etwa bei erheblichen Bewusstseinsstörungen in Betracht, d.h. wenn sich Heimbewohner in weitgehend apathischen bis hin zu komatösen Zuständen befinden. Ansonsten geben die alterstypischen Bewegungsprobleme nur wenig Anlass zum Ausschluss aus dem Schutzbereich des § 239 I StGB.

Die zuvor aufgezeigten Anforderungen an Opfer einer Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB erweisen sich als in mancherlei Hinsicht schwierig zu bestimmen. Der Beweis eines inneren Willens ist ein Problem. In vielen Belangen sind die Anforderungen kaum eingehender ausdifferenziert worden, als sie im Jahr 1951 das BayObLG³⁶⁵ auslegte, wohlgerichtet am Fall eines Säuglings. Und wozu führen sie? Im Kreis der hier untersuchten Betroffenen sind die Auswirkungen gering; nur wenige Heimbewohner genügen diesen Opferanforderungen nicht. Das Ergebnis ist bescheiden, das Prozedere kompliziert, pragmatisch gesehen drängt es sich auf, all das in Frage zu stellen. Die Alternative ist der pauschale Schutz jedes Menschen vor Handlungen im Sinne des § 239 I StGB, also auf Anforderungen an Opfer zu verzichten und damit jeden unabhängig seiner geistigen und körperlichen Fähigkeiten gleich zu behandeln. Dann wäre für das Opfersein im Sinne des § 239 I StGB nur noch das Menschsein entscheidend.

A. Die Idee einer Bewegungsraumtheorie

Einen solchen Weg beschreiten Küper³⁶⁶ und Kargl³⁶⁷. Beide votieren in ihrer Auslegung des Schutzzweckes des § 239 I StGB für einen gänzlichen Verzicht eines Willenserfordernisses und aller sonstigen Anforderungen an mögliche Opfer einer Freiheitsberaubung. Schutzzweck des § 239 I StGB soll nach Küper alleine die „Verfügbarkeit eines elementaren Bewegungsraums“³⁶⁸ sein. Kargl sieht ebenso den Schutzzweck in der „[...] vom Opferwillen unabhängigen Verfügbarkeit des zur freien Entfaltung der Persönlichkeit unabdingbaren Bewegungsraumes [...]“³⁶⁹ Damit wechseln Küper und Kargl die Perspektive gegenüber der herkömmlichen Auslegung des Schutzbereichs des § 239 I StGB.³⁷⁰ Es geht ihnen in erster Linie nicht mehr um einen Eingriff an einem Menschen, sondern um einen Eingriff in den den

³⁶⁵ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

³⁶⁶ Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 142f.

³⁶⁷ Kargl, JZ 1999, 72, 75ff.

³⁶⁸ Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 142.

³⁶⁹ Kargl, JZ 1999, 72, 79.

³⁷⁰ Hier bleibt Küper selbst inkonsequent. Er weist darauf hin, dass „weithin Einigkeit darüber besteht, dass eine Freiheitsberaubung nicht an Personen begangen werden, denen schon prinzipiell die Fähigkeit zur Bildung eines Fortbewegungswillens fehlt“. Seine eigene Ansicht steht dazu in Widerspruch; darauf wäre konsequenterweise hinzuweisen. Vgl. Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 143 "3. Spezielle Personengruppen".

Menschen umgebenden Bewegungsraum. Zugespitzt formuliert ist demnach unmittelbares Opfer einer Freiheitsberaubung der Bewegungsraum, nur noch mittelbar der Mensch, der sich in ihm befindet. Daraus ist auch der Name "Bewegungsraumtheorie" abgeleitet, wie dieser Ansatz im Folgenden bezeichnet und fortgeführt wird.³⁷¹

Bloy führt in einem Aufsatz, den er bezeichnenderweise "Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?"³⁷² betitelt, zwei Beispiele aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts³⁷³ an, die seiner Ansicht nach den Verzicht auf ein Willenselement beim Opfer der Freiheitsberaubung bereits propagierten und alleine auf den äußeren Umstand des Eingesperrtseins abstellten. Darin scheint noch weit vor Küper und Kargl die Geburtsstunde der Bewegungsraumtheorie zu liegen, so meint man es bei Bloy zu verstehen. Zur Klarstellung: Bloy problematisiert den im Rahmen des § 239 I StGB bekannten Meinungsstreit um die Aktualitätstheorie und die Potentialitätstheorie,³⁷⁴ beides Theorien, die Opferanforderungen stellen.³⁷⁵ Es geht also bei Bloy gerade nicht darum, auf sie gänzlich zu verzichten, so wie es Titel und Ausführungen noch vermuten lassen. Ohne Verletzung fremder Autonomie ist in diesem Sinne eine Freiheitsberaubung, die dem Opfer nicht bewusst wird.³⁷⁶ Im Unterschied zur Bewegungsraumtheorie jedoch gründet dies noch darauf, dass das Opfer prinzipiell über die körperliche und geistige Konstitution verfügt, sich der Freiheitsberaubung bewusst zu werden. Insofern sind Anforderungen an das Opfer noch präsent. So ist es auch in den von Bloy angeführten Urteilen. Danach bedarf es seitens des Opfers der "persönlichen Freiheit des Bewegens"³⁷⁷, bzw. der Fähigkeit "seinen Aufenthalt nach eigenen Belieben zu bestimmen"³⁷⁸.

B. Vorteile der Bewegungsraumtheorie

Die Bewegungsraumtheorie ist frei von normativen Opfererwägungen. Lediglich um einen Menschen muss es sich handeln, dessen Fortbewegungsraum beschränkt wird. Geistige und körperliche Gebrechen sind irrelevant. Es ist unerheblich, ob sich das Opfer der

³⁷¹ So auch, wenn auch ohne Begründung: Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328.

³⁷² Bloy, ZStW96 1984, 703.

³⁷³ RG, Urt. v. 17.03.1927 - Strafsenat III 62/27, RGSt 61, 239; RG, Urt. v. 28.11.1882 - Strafsenat II 2659/82, RGSt 7, 259.

³⁷⁴ Bloy, ZStW96 1984, 703, 704f.

³⁷⁵ S. Zweites Kapitel, D. IV. 3. Vgl. auch m.w.N. u.a. Fischer, § 239 StGB, Rn. 3; NK-Sonnen, § 239, Rn. 6; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 7 und 11f.

³⁷⁶ Vgl. Bloy, ZStW96 1984, 703, 704.

³⁷⁷ RG, Urt. v. 28.11.1882 - Strafsenat II 2659/82, RGSt 7, 259, 260.

Fortbewegungseinschränkung bewusst ist, ob sie ihm überhaupt bewusst werden kann, sogar ob das Opfer der Einschränkung zustimmt.³⁷⁹ Unerheblich ist ebenso, ob das Opfer sich noch selbst fortbewegen kann, oder ob es transportfähig ist. Alle Individuen werden gleich behandelt. So scheitert hinsichtlich geistiger Gebrechen eine Freiheitsberaubung nicht mehr daran, dass der Betroffene keinen gezielten Fortbewegungswillen mehr bilden kann. Hinsichtlich körperlicher Gebrechen gibt es keine Abstufung mehr, auch bei selbst Fortbewegungsunfähigen bleibt eine Freiheitsberaubung durch Tun möglich; sie scheitert deswegen nicht mehr an der Kausalität, da bei der Bewegungsraumtheorie der Entzug des Bewegungsraums tatbestandlicher Erfolg ist, und dies kann ein Tun wie ein Unterlassen bewirken, unabhängig vom Opfer.

C. Die Bewegungsraumtheorie und Grenzen der Auslegung des § 239 I StGB

Die Vorteile der Bewegungsraumtheorie zeigen: Die Entscheidung zwischen ihr und der herkömmlichen Ansicht bei der Auslegung des Tatbestandes der Freiheitsberaubung ist die Entscheidung zwischen dem Schutz der Möglichkeit zur Fortbewegung,³⁸⁰ so die Bewegungsraumtheorie, oder dem Schutz der Selbstbestimmung über die Fortbewegung,³⁸¹ so die herkömmliche Ansicht; kurz, es ist die Entscheidung zugunsten der Fortbewegung oder des Willens zur Fortbewegung.

Bei dieser Entscheidung geht es um Verfügungsgewalt, oder anders ausgedrückt, um Macht. Es ist nämlich ebenso die Entscheidung darüber, ob sich Täter und Opfer in jedem Falle der strafrechtlichen Rechtfertigung stellen müssen, so die Bewegungsraumtheorie,³⁸² oder ob das vermeintliche Opfer einer Freiheitsberaubung durch Billigen selbstständig über das Verwirklichen des Tatbestandes verfügen kann, so die herkömmliche Ansicht³⁸³.

³⁷⁸ RG, Urt. v. 17.03.1927 - Strafsenat III 62/27, RGSt 61, 239, 241.

³⁷⁹ S. Kargl, JZ 1999, 72, 76f. S. auch Creifelds, die "Rechtswidrigkeit [!] fehlt bei Einwilligung des Verletzten", Creifelds, Rechtswörterbuch, S. 511 "Freiheitsberaubung".

³⁸⁰ Vgl. Kargl, JZ 1999, 72, 78f.

³⁸¹ Vgl. Wessels/Hettinger, BT Teil/1, S. 108; S/S-Eser, § 239, Rn. 1; SK-Horn, § 239, Rn. 2; LK-Träger, § 239, Rn. 4. Vgl. dazu auch Viertes Kapitel, B. I.

³⁸² Vgl. Kargl, JZ 1999, 72, 79f.

³⁸³ Vgl. u.a. NK-Sonnen, § 239, Rn. 21; SK-Horn, § 239, Rn. 9; LK-Träger, § 239, Rn. 27; Bloy, ZStW96 1984, 703, 709.

I. Umfeldüberlegungen zur Bewegungsraumtheorie

Vor der Erörterung der Argumentation Kargls für die Bewegungsraumtheorie sei noch auf folgende Aspekte hingewiesen, die zusätzlich zur Auseinandersetzung mit der Bewegungsraumtheorie anregen.

1. Parallele zu den Körperverletzungstatbeständen

Die Bewegungsraumtheorie erinnert an die strafrechtliche Wertung eines ärztlichen Heileingriffs und die Auslegung der Körperverletzungstatbestände. Ein Heileingriff ist nach herrschender Ansicht eine tatbestandliche Körperverletzung gemäß § 223 I StGB, auch wenn der Patient mit dem Eingriff einverstanden ist.³⁸⁴ Für den Tatbestand der Körperverletzung ist allgemein die geistige und körperliche Verfassung des Opfers ohne Belang. So ist zum Beispiel eine körperliche Misshandlung im Sinne des § 223 I StGB selbst dann möglich, wenn das Opfer keine Schmerzen empfinden kann.³⁸⁵ Dem ähnlich liegt eine rohe Misshandlung im Sinne des § 225 I StGB vor, ohne dass dies selbst vom Opfer als grausam empfunden werden muss, sofern eine andere Person es als grausam wahrnimmt.³⁸⁶ Entscheidend für die Körperverletzung ist nur, dass die körperliche Integrität des Opfers verletzt wird. Weitere opferbezogene Merkmale sind unerheblich.³⁸⁷ Vertauscht man nun die körperliche Integrität mit dem Rechtsgut der Bewegungsfreiheit, entdeckt man die Bewegungsraumtheorie wieder. In der Dogmatik der Körperverletzungsdelikte liegt ein Vorbild für die Bewegungsraumtheorie: So wie § 223 I StGB die körperliche Integrität schützt, schützt § 239 I StGB die Integrität des einen Menschen umgebenen Bewegungsraums.

2. Die Heimsituation

Gerade im System des Altenpflegeheims erscheint die Bewegungsraumtheorie besonders reizvoll. Ihre Anwendung ist hier in vielen Belangen wünschenswert, durch ihre Klarheit,

³⁸⁴ Grundlegend: RGSt 25, 375. Seitdem ständige Rechtsprechung, s. Entscheidungssammlung bei: Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 14ff. Vgl. auch die Übersicht bei: Gössel/Dölling, BT 1, S. 147ff. Kritisch dazu m.w.N.: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 552f.

³⁸⁵ LK-Lilie, § 223 StGB, Rn. 7. Siehe auch: Gössel/Dölling, BT 1, S. 139.

³⁸⁶ BGH, Urt. v. 23.01.1974 - 3 StR 324/73, BGHSt 25, 277. Vgl. bereits: RG, Urt. v. 28.05.1928 - Strafsenat I 324/28, RGSt 62, 160. Kritisch dazu: Jakobs, NJW 1974, 1829.

³⁸⁷ Vgl. Gössel/Dölling, BT 1, S. 139; LK-Lilie, § 223 StGB, Rn. 7.

durch den Gedanken der Gleichbehandlung und nicht zuletzt dadurch, dass sie dazu drängt, freiheitsentziehende Maßnahmen abwägen und begründen zu müssen. Im Pflegeheim gibt es nachvollziehbare Gründe dafür, den Tatbestand der Freiheitsberaubung mit der Bewegungsraumtheorie möglichst weit auslegen zu wollen.

Betrachtet man die Bewegungsraumtheorie aber außerhalb dieser besonderen Umstände, so verwundern ihre doch recht bizarren Auswirkungen. Man stelle sich zum Beispiel die alltägliche Situation vor, dass Pendler auf dem Weg zur Arbeit in ein öffentliches Verkehrsmittel einsteigen. Schließt der Fahrer nun die Türen, verwirklicht er nach der Bewegungsraumtheorie tatbestandlich eine Freiheitsberaubung. Dem Tatbestand der Freiheitsberaubung, dem ohnehin Uferlosigkeit vorgeworfen wird,³⁸⁸ erweitert sich so nochmals: eine Freiheitsberaubung kann mit jedem Mittel begangen werden.³⁸⁹ Mit der Bewegungsraumtheorie kommt hinzu, dass der Wille des möglichen Opfers unerheblich wird. Freiheitsberaubungen stiegen damit wohl endgültig zu einem der am häufigsten begangenen Delikte auf. Was diese Auslegung des § 239 I StGB aber bezwecken soll, erschließt sich in diesen alltäglichen Situationen nicht.³⁹⁰

Menschen als mögliche Opfer einer Freiheitsberaubung sind hier in ganz unterschiedlichen Lebensumständen gegenübergestellt. Scheinen den Pendlern gegenüber die Folgen der Bewegungsraumtheorie befremdlich, so erscheinen sie für die Menschen in Altenpflegeheimen geradezu geboten. Die Sympathie für die Bewegungsraumtheorie ist auf diesen ersten Blick stark abhängig vom betroffenen Opferkreis. In einem Altenpflegeheim trifft die Bewegungsraumtheorie auf Menschen, deren Selbstbestimmung in vielen Belangen eingeschränkt ist.³⁹¹ Ihre Gebrechen haben sie unfähig werden lassen, ihren Alltag selbstständig zu bewältigen. Auf fremde Hilfe angewiesen zu sein bedeutet, sich in seiner Selbstbestimmung einschränken zu müssen. Heimbewohner unterliegen den Gepflogenheiten und Abläufen des Heimbetriebs.³⁹² Dies gilt umso stärker, je weiter ihre Gebrechen vorangeschritten sind. Es baut sich für sie eine Zwangslage der inneren und äußeren Umstände auf, durch ihre Gebrechen und durch die Heimsituation.³⁹³

³⁸⁸ Vgl. Arzt, Strafrecht BT, S. 223f; Bloy, ZStW96 1984, 703. S. auch NK-Sonnen, § 239, Rn. 1.

³⁸⁹ M.w.N., etwa: S/S-Eser, § 239, Rn. 6; Rengier, BT II, S. 139; NK-Sonnen, § 239, Rn. 18; LK-Träger, § 239, Rn. 14.

³⁹⁰ Vgl. dazu auch Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, S. 224f.

³⁹¹ Vgl. dazu etwa: Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 12.

³⁹² Heinzelmann, Das Altenheim, S. 159ff.

³⁹³ Vgl. dazu auch Lehr, Psychologie des Alterns, S. 313ff.

Unter diesen Umständen einer Einschränkung der Fortbewegung zuzustimmen und damit nach herkömmlicher Ansicht³⁹⁴ nicht mehr Opfer einer Freiheitsberaubung gemäß § 239 I StGB zu sein, hat einen faden Beigeschmack: Das Opfer selbst, im Zwang der Umstände, gibt den ihm gewährten Schutz des Tatbestandes der Freiheitsberaubung preis. Man kann hierin der Bewegungstheorie beipflichten, den Tatbestand der Freiheitsberaubung an der objektiven Einschränkung des Bewegungsraums festzumachen und nicht an einer unter Umständen zweifelhaften Selbstbestimmung des Betroffenen.³⁹⁵

Der Ansatz der Bewegungsraumtheorie entspringt letztlich einem Verlangen nach Fürsorge. Die Berichte über Missstände in Altenpflegeheimen tun hierzu ihr Übriges. Deren Wahrheitsgehalt dahingestellt, vermitteln diese Berichte ein Bild, in dem Heimbewohner in Altenpflegeheimen der dauerhaften Gefahrenlage ausgesetzt sind, durch ungenügende oder unangebrachte Pflege Schaden zu erleiden.³⁹⁶ Insofern erscheint es überaus verständlich, in punkto freiheitsentziehende Maßnahmen für einen möglichst hohen Schutz der Fortbewegungsmöglichkeit von Heimbewohnern einzutreten. Und dies wird von der Bewegungsraumtheorie am konsequentesten umgesetzt: Ausnahmslos jede vorsätzliche Fortbewegungseinschränkung bedarf der Rechtfertigung, andernfalls droht dem Pflegepersonal die Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung.

II. Argumente für die Bewegungsraumtheorie

Argumente für die Bewegungsraumtheorie finden sich auch bei Kargl.³⁹⁷ Küper verweist auf sie.³⁹⁸ Die Argumentation betrifft nicht die speziellen Umstände in einem Altenpflegeheim. Nach Kargl lässt sich die Bewegungsraumtheorie allgemein aufgrund zweier rechtlicher Prinzipien bestärken, dem Gesetzlichkeitsprinzip und dem Rechtsgüterschutz.

³⁹⁴ M.w.N., etwa: S/S-Eser, § 239, Rn. 8; SK-Horn, § 239, Rn. 9; LK-Träger, § 239, Rn. 27.

³⁹⁵ Vgl. dazu auch Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 376.

³⁹⁶ Eine Aufzählung einschlägiger Berichte aus Funk, Fernsehen und Printmedien, s. Einleitung und Problemstellung.

³⁹⁷ Kargl, JZ 1999, 72.

³⁹⁸ Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 142f.

1. Gesetzlichkeitsprinzip

Das Hauptargument von Kargl für die Bewegungsraumtheorie ist das Gesetzlichkeitsprinzip nach Art. 103 II GG und § 1 StGB. Er folgert daraus sinngemäß: Wenn die Verwirklichung des Tatbestandes der Freiheitsberaubung vom Opfer abhängig ist und nicht ausschließlich vom Verhalten des Täters, dann kann der Tatbestand für den Täter nicht hinreichend bestimmt sein, da der Täter anhand seines eigenen Handelns nicht zweifelsfrei erkennen kann, ob er den Tatbestand verwirklicht.³⁹⁹ Der Tatbestand der Freiheitsberaubung verstoße damit gegen das Gesetzlichkeitsprinzip, wäre nichtig, wenn er nicht für den Täter mit hinreichender Bestimmtheit ausgelegt werden könne.⁴⁰⁰ Zudem verpflichte das Gesetzlichkeitsprinzip auch dazu, die Auslegung eines Tatbestandes zu wählen, die dem Täter die begriffsschärfere Kontur verleihe.⁴⁰¹ Die für den Täter notwendige Rechtssicherheit im Rahmen der Freiheitsberaubung gelänge nicht, wenn man wie nach herkömmlicher Ansicht Anforderungen an das Opfer stelle.⁴⁰²

Kargl wendet sich hierbei ausdrücklich gegen die ganz herrschende Ansicht,⁴⁰³ den Willen des Opfers im Rahmen des § 239 I StGB als Tatbestandsmerkmal aufzufassen und die Zustimmung des Opfers tatbestandsausschließend zu bewerten, ein so genanntes tatbestandsausschließendes Einverständnis.^{404, 405} Nach Kargl ist der Wille des Opfers ausschließlich bei der Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen.⁴⁰⁶ Der Täter könne in vielen Fällen einen Fortbewegungswillen des Opfers schlichtweg nicht erkennen. Für den Täter wäre es deshalb unabsehbar, ob er den Tatbestand der Freiheitsberaubung verwirklicht, wenn dabei dem Willen des Opfers Bedeutung zukommt.⁴⁰⁷

Dieser Gedanke kann auf alle Opferanforderungen der herkömmlichen Ansicht übertragen werden.⁴⁰⁸ Die Anforderungen an das Opfer, einen gezielten Fortbewegungswillen zu bilden

³⁹⁹ Kargl, JZ 1999, 72, 77f.

⁴⁰⁰ Kargl, JZ 1999, 72, 78.

⁴⁰¹ Kargl, JZ 1999, 72, 77.

⁴⁰² Kargl, JZ 1999, 72, 77.

⁴⁰³ M.w.N., etwa: SK-Horn, § 239, Rn. 9; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 46; LK-Träger, § 239, Rn. 27.

⁴⁰⁴ Zum Unterschied zwischen Einverständnis und Einwilligung, vgl. insbesondere die Übersicht bei: Samson, Strafrecht I, S. 83. Vgl. darüber hinaus: Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 137ff.

⁴⁰⁵ Kargl, JZ 1999, 72, 76f.

⁴⁰⁶ Kargl, JZ 1999, 72, 77. S. auch Creifelds: "die Rechtswidrigkeit [!] fehlt bei Einwilligung des Verletzten", Creifelds, Rechtswörterbuch, S. 511 "Freiheitsberaubung".

⁴⁰⁷ Kargl, JZ 1999, 72, 77.

⁴⁰⁸ Vgl. dazu auch Kargl, JZ 1999, 72, 78.

oder sich überhaupt fortbewegen zu können, sind im Einzelfall vergleichsweise undurchsichtig. Dies zu bestimmen mag erst recht für einen möglichen Täter schwierig sein. Die Bewegungsraumtheorie ist die für den Täter bestimmbarere Auslegung.

Es wäre für die Pflegenden im Heim ein Signal rechtlicher Klarheit, sie davon abzuhalten, sich auf das "dünne Eis" etwaiger Opferüberlegungen zu begeben, sondern sicher zu sein, dass freiheitsentziehende Maßnahme den Tatbestand des § 239 I StGB verwirklichen, weil sie einen Menschen betreffen, unabhängig davon, wie dieser denkt oder in welcher körperlicher Konstitution er ist.

2. Intersubjektive Rechtsgutskonzeption

Kargl reiht seine Argumentation zum Tatbestand der Freiheitsberaubung in die allgemeine, so genannte intersubjektive Rechtsgutskonzeption ein.⁴⁰⁹ Es geht dabei um den strafrechtlichen Zweckgedanken, im engeren Sinne um das strafrechtliche Verständnis von Rechtsgütern. Die intersubjektive Rechtsgutskonzeption gleicht stark der Rechtsgüterlehre *Jeschecks*⁴¹⁰, die man etwa als Lehre von der "Unversehrtheit des Angriffsobjekts"⁴¹¹ bezeichnen könnte. Sie bildet die Gegenansicht zur geläufigeren, so genannten personenbezogenen Rechtsgutsauffassung,⁴¹² die insbesondere für das tatbestandsausschließende Einverständnis eintritt.

Intersubjektive Rechtsgutskonzeptionen, wie auch die Lehre von der Unversehrtheit des Angriffsobjekts, sind allgemeine Konzeptionen, die für alle Straftatbestände anwendbar sind. Die Bewegungsraumtheorie kann als deren konkrete Ausprägung für den Tatbestand der Freiheitsberaubung verstanden werden, so sehr gleichen sich die Intentionen der Konzepte.

Die Ansichten Jeschecks und Kargls lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: Jedes Verletzen eines strafrechtlich geschützten Guts ist von strafrechtlicher Bedeutung und führt zur Verwirklichung des jeweiligen Tatbestandes, wenn zudem Kausalität und Vorsatz vorliegen. Dies gilt auch, wenn die Verletzung einvernehmlich mit dem Opfer, dem Träger des verletzten Rechtsgutes, herbeigeführt wurde. Dies ist das Ergebnis einer Abwägung, die

⁴⁰⁹ M.w.N.: Kargl, JZ 1999, 72, 76f.

⁴¹⁰ Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 375f.

⁴¹¹ Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 375.

⁴¹² AK-StGB-Hassemer, vor§1, Rn. 275. Vgl. dazu auch Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band II), S. 545ff.

Selbstbestimmung einerseits, Missbrauchsgefahr und gesellschaftliches Interesse andererseits berücksichtigt.⁴¹³

Jescheck hat vor allem die Missbrauchsgefahr vor Augen. Er zweifelt an der Selbstbestimmungsfähigkeit vieler Opfer, indem er die Gefahr betont, dass Opfer ihre Entschlüsse nicht voll überblicken können und sie womöglich leichtfertig über ihre Interessen verfügen.⁴¹⁴

Nach Kargl kommt darüber hinaus auch ein gesellschaftliches Interesse hinzu. Für die Gesellschaft sei jedes Verletzen eines strafrechtlich geschützten Guts relevant, was sich bereits daraus erschließe, dass die betreffende Rechtsgutsverletzung unter Strafe stehe. Jede Rechtsgutsverletzung verletze auch ein gesellschaftliches Interesse. Darüber könne der Betroffene nicht selbst verfügen.⁴¹⁵

Die Grundsätze dieser allgemeinen Rechtsgüterkonzeption können "eins zu eins" auf die Bewegungsraumtheorie übertragen werden. Fortbewegungsfreiheit ist demnach kein Rechtsgut des Einzelnen, sondern ein Rechtsgut der Gemeinschaft. Die Zustimmung des Opfers kann aus diesem Grund erst auf Ebene der Rechtswidrigkeit strafausschließend sein, aber nur, wenn sie den Voraussetzungen des allgemeinen Rechtfertigungsgrunds der Einwilligung genügt.⁴¹⁶ Damit die Ansicht von Jescheck und Kargl konsequent bleibt sei angemerkt,⁴¹⁷ dass es sich bei einer solchen rechtfertigenden Einwilligung um eine Zustimmung des Täters handelt, deren Anforderungen gegenüber denen eines Einverständnisses objektiviert sind. Die Einwilligung entkräftet die Unrechtsindikation des Tatbestandes. Sie ist ein Privileg für den Täter, dessen Umstände durch die Rechtsdogmatik festgelegt werden und bei der der Rechtsgutseingriff einem allgemeinen Urteil unterliegt, insofern, als die Sittenwidrigkeit des Eingriffs einer Einwilligung entgegensteht.⁴¹⁸

Die Rechtsgüterkonzeption von Jescheck und Kargl im Allgemeinen und die Bewegungsraumtheorie im Speziellen tendiert insgesamt gesehen dazu, den Einfluss des

⁴¹³ S. Kargl, JZ 1999, 72, 76f; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 376. Vgl. auch AK-StGB-Hassemer, vor§1, Rn. 271.

⁴¹⁴ S. Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 376.

⁴¹⁵ S. Kargl, JZ 1999, 72, 76 und 80.

⁴¹⁶ Vgl. Kargl, JZ 1999, 72, 77.

⁴¹⁷ Vgl. auch Kargl, JZ 1999, 72, 77 (FN 57). Vgl. dazu auch AK-StGB-Hassemer, vor§1, Rn. 269.

⁴¹⁸ S. auch Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 438.

vermeintlichen Opfers über die Strafbarkeit eines Täters zu reduzieren. Damit wird einer Subjektivierung des Rechtsgutes von § 239 I StGB entgegengewirkt und Bewegungsfreiheit als ein objektiver Wert der Gemeinschaft angesehen.

III. Argumente gegen die Bewegungsraumtheorie

Keine Frage, die Bewegungsraumtheorie zeigt sich in Anbetracht von Missständen in der Altenpflege als äußerst reizvolle Auslegung des Tatbestandes der Freiheitsberaubung. Abstrahiert man die Bewegungsraumtheorie aus diesen besonderen Umständen heraus, tritt jedoch Ernüchterung ein. Die Bewegungsraumtheorie schützt die Fortbewegungsmöglichkeit eines Menschen an sich,⁴¹⁹ die herkömmliche Ansicht die Selbstbestimmung über eine Fortbewegung.⁴²⁰ Dazu muss die herkömmliche Ansicht als Folge eingestehen, dass sie nicht jede Fortbewegung eines Menschen schützen kann, und zwar immer dann nicht, wenn Fortbewegung in keiner Weise mehr auf Selbstbestimmung beruht.⁴²¹ Dies ist eine Konsequenz, die die herkömmliche Ansicht unabhängig davon trifft, welche Auswirkungen sie auf Menschen mit geistigen und körperlichen Gebrechen hat.

Es steht außer Frage, dass jeder Heimbewohner in seiner Fortbewegungsfreiheit schutzwürdig ist. Es ist aber fraglich, ob dazu der Straftatbestand der Freiheitsberaubung gemäß § 239 I StGB ein probates Mittel sein kann. Die Frage klärt sich nämlich nicht daran, ob es wünschenswert wäre, alle Heimbewohner gleichsam mit einer pauschalen Fortbewegungsfreiheit zu schützen. Es ist vielmehr eine rein sachliche Frage. Es geht um den Schutzbereich des § 239 I StGB und um die Auslegung des Tatbestandsmerkmals Mensch als Opfer einer Freiheitsberaubung. Dies folgt aus dem allgemeinen Kontext der Vorschrift, aus ihrem Wortlaut § 239 I StGB, der Historie dieses Tatbestands, dem Sinn und Zweck, dem systematischen Zusammenhang und dem Willen des Gesetzgebers.

⁴¹⁹ Vgl. Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 142f; Kargl, JZ 1999, 72, 78.

⁴²⁰ Vgl. insbesondere LK¹⁰-Schäfer, § 239, Rn. 13. Vgl. etwa auch: Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 155; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 1; LK-Träger, § 239, Rn. 4ff; Bloy, ZStW96 1984, 703, 704ff.

⁴²¹ Vgl. Wessels/Hettinger, BT Teil/1, S. 108; NK-Sonnen, § 239, Rn. 6; Gössel/Dölling, BT 1, S. 251; LK-Träger, § 239, Rn. 4 und 6. Grundlegend dazu: BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

1. Der Wortlaut des § 239 I StGB

§ 239 I StGB nennt beispielhaft zwei Handlungen, die den Tatbestand einer Freiheitsberaubung verwirklichen können: zuerst einsperren, danach berauben. Interessant ist hierbei, dass sich in diesen beiden Verben der Streit zwischen Bewegungsraumtheorie und herkömmlicher Ansicht widerspiegelt. Ein Einsperren entspricht der Bewegungsraumtheorie, ein Berauben der herkömmlichen Ansicht. Dies kann aus der Etymologie und der Systematik dieser Handlungen abgeleitet werden.

a) Einsperren

Einsperren bedeutet seiner Herkunft nach "etwas mit Sparren versehen, Menschen, aber auch Tiere an der freien Bewegung hindern, sie gefangen setzen, und sie dazu in einem Raum, Käfig oder der gleichen einschließen".⁴²²

Die Etymologie bestärkt die Bewegungsraumtheorie. Einsperren beschreibt die Umgebung des Opfers, nicht jedoch das Opfer. Bedenkt man unter anderem, dass nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch auch Tiere eingesperrt werden können, zeigt dies, dass die menschliche Selbstbestimmung für den Zustand des Eingesperrtseins keine Rolle spielt. Einsperren ist vom Befinden des Opfers losgelöst.⁴²³

Bestätigt ist dies in der Aktionsart des Verbs. Einsperren ist ein so genanntes resultatives Verb.⁴²⁴ Es beschreibt das Herbeiführen eines Erfolges, oder in anderen Worten, das Verb impliziert bereits einen Erfolg. Besonders offensichtlich ist dies etwa bei dem Verb "töten". Wenn ein Opfer getötet wurde, bedarf es nicht mehr der Information, dass das Opfer tot ist. Dass ein bestimmter Erfolg eingetreten ist, ist bei Verben dieser Gruppe selbsterklärend, ebenso ist es mit dem Verb "einsperren".

Bedeutsam ist diese Einordnung zu den resultativen Verben hier dadurch, weil damit beschrieben ist, dass bei solchen Verben die Perspektive des Betrachters beim Handelnden

⁴²² S. Drosdowski, Duden, Etymologie, S. 690 Stichwort "Sperren"; Horlitz/Grimm/Grimm, Deutsches Wörterbuch, S. 1035 Stichwort "Einsperren". Vgl. auch Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328.

⁴²³ Vgl. auch Bloy, ZStW96 1984, 703, 711; Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, S. 222f. Tendenziell auch Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328; RG, Urt. v. 28.11.1882 - Strafsenat II 2659/82, RGSt 7, 259.

⁴²⁴ Vgl. Wermke, Duden, Grammatik, S. 801f.

liegt. Das Opfer ist nicht relevant. Es hat der Verwirklichung des Zustandes nichts entgegenzusetzen, dieser kann alleine vom Täter herbeigeführt werden.

Resultative Verben wie Einsperren zeigen sich also opferunabhängig und damit so, wie es der Bewegungsraumtheorie entspricht.

b) Berauben

Neben Einsperren ist Berauben als Tathandlung in § 239 I StGB normiert. Seiner Etymologie nach bedeutet Berauben "einem Feind die Robe zu entreißen". Robe meint dabei die Rüstung oder die Kleidung.⁴²⁵ Aus diesem kriegerischen Ursprung heraus hat sich die Bedeutung von Rauben erweitert. Heute, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, umfasst ein Berauben nicht nur die Kleidung, sondern jegliche Gegenstände; anschaulich wird dies besonders am Straftatbestand des Raubes nach § 249 StGB. Wenn ein Täter sein Opfer beraubt, bleibt es noch ungeklärt, was ihm geraubt wurde. Das Verb zeichnet den Erfolg weit weniger konkret vor, als es beim Einsperren der Fall ist.

Die Konkretisierung des Raubguts liefert der Tatbestand der Freiheitsberaubung: Das zu raubende Gut ist nach § 239 I StGB die Freiheit eines Menschen.

Hiermit gewinnt das Opfer an Relevanz. Das Verständnis des Begriffs Freiheit führt zu Anforderungen, die über das Menschsein des Opfers hinausgehen. Freiheit betrifft hier die persönliche Bewegungsfreiheit, die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung in Bezug auf die Veränderung des Aufenthaltsorts.⁴²⁶ Da einem Menschen die persönliche Bewegungsfreiheit fehlen kann, muss sie prinzipiell festgestellt werden, denn nur als Träger der persönlichen Bewegungsfreiheit kann sie dem Opfer geraubt werden. Wenn das Opfer über persönliche Bewegungsfreiheit verfügt, wird es dieser beraubt, wenn ihm die Selbstbestimmung über die Wahl des Aufenthaltsortes genommen ist. Es liegt also dann ein Zwang vor, der Täter zwingt das Opfer zum Verbleib an einem Ort. Im Umkehrschluss raubt der Täter die persönliche Bewegungsfreiheit des Opfers nicht, wenn das vermeintliche Opfer

⁴²⁵ S. Drosdowski, Duden, Etymologie, S. 575 Stichwort "Raub".

⁴²⁶ S. S/S-Eser, § 239, Rn. 4; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 1.

mit seinem Aufenthaltsort einverstanden ist. Rauben der Freiheit ist ein Angriff auf die Selbstbestimmung des Opfers hinsichtlich dessen Ortswahl.⁴²⁷

Diese Konkretisierung im Tatbestand auf die Freiheit bestärkt die herkömmliche Ansicht, denn das benannte Gut ist nicht etwa der Bewegungsraum oder die Fortbewegungsmöglichkeit. Durch die Nennung der Freiheit ist Berauben ein Vorgang, dessen Perspektive auch beim Opfer liegt, der also ohne eine Betrachtung des Opfers nicht zu klären ist.⁴²⁸

c) Hierarchie der Tathandlungen

Für die Entscheidung zwischen Bewegungsraumtheorie und herkömmlicher Ansicht ergibt sich bisher ein Patt hinsichtlich der im Tatbestand genannten Tathandlungen. Einsperren erweist sich als gut mit der Bewegungsraumtheorie zu vereinbaren. Das Rauben der Freiheit gleicht der herkömmlichen Ansicht.

Dennoch kommt es nicht zu einem Nebeneinander der beiden Ansichten. Der Grund dafür ist, dass die Nennung der Tathandlungen in § 239 I StGB eine Hierarchie aufweist: Einsperren ist eine Weise des Raubs der Freiheit. Es ist als ein Beispiel aufgeführt.⁴²⁹ Neben Einsperren kommen daher als Tathandlungen noch weitere Handlungen in Betracht. Voraussetzung für weitere Handlungen ist, dass sie dem Rauben der Freiheit entsprechen, so der Wortlaut des § 239 I StGB. Konsequenz ist es, wenn dies ebenso für das Einsperren selbst gilt.

Das Rauben der Freiheit erweist sich deshalb als übergeordnet. Einsperren erlangt so im Rahmen des § 239 I StGB einen erweiterten Gehalt. Es ist so auszulegen, dass es mit dem Rauben der Freiheit konform ist. Im Sinne des § 239 I StGB bedarf daher auch ein Einsperren, so wie jede andere mögliche Tathandlung, eines Angriffs auf die Selbstbestimmung des Opfers.⁴³⁰

⁴²⁷ Im Ansatz auch bei: Herzberg/Schlehofer, JZ 1984, 479, 482. Vgl. auch Gössel/Dölling, BT 1, S. 251.

⁴²⁸ Vgl. dazu auch Bloy, ZStW96 1984, 703, 711f (Fußnotentext FN 27).

⁴²⁹ Rengier, BT II, S. 139.

⁴³⁰ So auch Bloy, ZStW96 1984, 703, 711 (Fußnotentext FN27).

Die herkömmliche Ansicht findet daher im Wortlaut des § 239 I StGB eine wichtige Stütze. Ob die tatbestandliche Relevanz des Willens des Opfers auch in der geschichtlichen Entwicklung der Strafbarkeit der Freiheitsberaubung bestätigt werden kann, dem wird im Folgenden nachgegangen.

2. Opferwille in der Historie der Freiheitsberaubung

Die Geschichte des Tatbestands der Freiheitsberaubung ist überschaubar.⁴³¹ Seine heutige Fassung besteht nahezu unverändert seit seiner Einführung durch das Reichsstrafgesetzbuch (RStGB) im Jahre 1871.⁴³² Eine vergleichbare, vorangegangene Normierung ist streng genommen nur im Allgemeinen Preußischen Landrecht (ALR) von 1794 zu finden.⁴³³ Das ALR ist daher der Ausgangspunkt, um die heutige Normierung der Freiheitsberaubung in § 239 StGB historisch zu betrachten und damit hier der Frage nachzugehen, ob für die Relevanz des Opferwillens nach der herkömmlichen Ansicht historische Anknüpfungspunkte bestehen.

a) Beleidigung der Freiheit

Im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR), zweiter Teil, zwanzigster Titel, dreizehnter Abschnitt, der bezeichnenderweise „Von Beleidigung der Freiheit“ benannt ist, heißt es in § 1077:

Wer [...] einen Menschen, der seines Verstandes mächtig ist, mit Gewalt festhält, einsperret, oder Wider seinen Willen zu etwas nöthiget, [...], hat, wenn auch keine in den folgenden Gesetzen bestimmte erschwerende Umstände eintreten, dennoch eine Gefängniß-, Zuchthaus- oder Festungsstrafe von vierzehn Tagen bis zu sechs Monaten verwirkt.

Bewertet man Bewegungsraumtheorie und herkömmliche Ansicht auf der Grundlage des § 1077 ALR, fällt das Ergebnis eindeutig zugunsten der herkömmlichen Ansicht aus.

⁴³¹ Vgl. dazu auch Bloy, ZStW96 1984, 703, 706ff.

⁴³² SK-Horn, § 239, Rn. 1; LK-Träger, § 239, Rn. vor 1.

⁴³³ S. NK-Sonnen, § 239, Rn. 3; Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 41. Vgl. dazu auch Jakobs, GS für H.Kaufmann, 791ff; Schaffstein, FS für Lange, 983ff, 985f; Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, S. 220.

Als herausragender Grund dafür kann auf die Tatbestandsalternativen verwiesen werden, die in § 1077 ALR gemeinsam in einem Tatbestand normiert sind. Eine Alternative ist erwartungsgemäß das Hindern eines Menschen, sich fortzubewegen; im Wortlaut der Vorschrift heißt es hierfür einen Menschen festzuhalten oder einzusperren. Die andere Alternative ist, einen Menschen überhaupt zu etwas zu nötigen.⁴³⁴

Nötigung gilt als Inbegriff aller Delikte gegen die Selbstbestimmung eines Menschen.⁴³⁵ Eine Nötigung des Opfers ohne dessen Zwang ist unvorstellbar, es kann hierbei gar als überflüssig angesehen werden, dass die Voraussetzung - wider des Willens des Opfers - im Tatbestand des § 1077 ALR niedergeschrieben wurde. Der Wille des Opfers ist bei der Nötigung naturgemäß von zentraler Bedeutung.⁴³⁶

§ 1077 ALR gibt keine Anhaltspunkte, mit dem Hindern der Fortbewegung eines Menschen anders zu verfahren. Es gilt das für die Nötigung Selbstverständliche. Beide Tatbestandsalternativen sind im Einklang zueinander auszulegen, sie berücksichtigen beide den Willen des Opfers.

Darüber hinaus bezieht sich § 1077 ALR offenkundig nur auf Menschen, die, wie es heißt, ihres Verstandes mächtig sind. Auch damit wird deutlich die Relevanz des Willens des Opfers betont.

Die Bewegungsraumtheorie bricht mit § 1077 ALR als Vorläufer der heutigen Freiheitsberaubung nach § 239 StGB. Sie lässt den Willen des Opfers, der noch in § 1077 ALR offensichtlich war, außen vor. In der herkömmlichen Ansicht dagegen ist die Nähe zur Nötigung des § 1077 ALR wieder zu finden, insofern kann sie auf eine gewisse historische Konstanz verweisen.

⁴³⁴ Vgl. auch Jakobs, GS für H.Kaufmann, 791ff, 796; Bloy, ZStW96 1984, 703, 706.

⁴³⁵ S. Wessels/Hettinger, BT Teil/1, S. 104 und 111; Rengier, BT II, S. 145; Gössel/Dölling, BT 1, S. 206. Vgl. auch Schaffstein, FS für Lange, 983ff, 996f.

⁴³⁶ S. auch Tittmann, Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere von dem Menschenraube und der Entführung, S. 6.

b) Private Gefangennahme

Neben § 1077 gibt es im ALR einen weiteren Straftatbestand, der das Hindern der Fortbewegung eines Menschen sanktioniert. Es ist der Straftatbestand der privaten Gefangennahme gemäß § 1081 i.V.m. § 1079 zweiter Teil, zwanzigster Titel, dreizehnter Abschnitt, Privatgefängnisse, ALR:

„Niemand soll, ohne Vorwissen des Staats, Privatgefängnisse, Zucht- oder Irrenhäuser anlegen [§ 1079 ALR]. Wer jemanden in einem dergleichen Gefängnisse hält, oder dahin abliefern, soll, wenn auch keine erschwerenden Umstände eintreten, und noch kein Schade entstanden ist, ein- bis zweyjährige Festungs- oder Zuchthausstrafe leiden [§ 1081 ALR].“⁴³⁷

Vergleichbare Tatbestände finden sich zudem in Kodifikationen, die dem ALR vorausgingen.⁴³⁸ Neben privater Gefangennahme bezeichnet man sie auch als unbefugte Gefangenenhaltung.⁴³⁹

Private Gefangennahme und entsprechende Tatbestände haben folgendes Schema: Sie erfordern einen Eingriff in die Fortbewegungsmöglichkeit eines Menschen. Der Schutz davor ist allerdings nicht die Hauptintention. Wichtiger ist, dass es darüber hinaus zu einer Verletzung des hoheitlichen Machtmonopols kommt. Private Gefangenenhaltung ist in erster Linie ein Delikt gegen Privatjustiz.⁴⁴⁰ In der Zeit, aus der das Delikt entstammt, galt es als ein Majestätsverbrechen bzw. als ein Verbrechen gegen die Obrigkeit.⁴⁴¹ Heute würde man dies am staatlichen Strafmonopol als betroffenem Schutzgut festmachen.

Interessant ist für die hier erörterte Problematik der Wille des Gefangenen. Er ist bei diesen Tatbeständen irrelevant. Dies folgt aus dem Schutzgut der privaten Gefangennahme. Der

⁴³⁷ ALR, Zweiter Teil, 20. Abschnitt, Privatgefängnisse.

⁴³⁸ Vgl. auch Schaffstein, FS für Lange, 983ff, 996f; Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, S. 219.

⁴³⁹ S. Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 39f; Bloy, ZStW96 1984, 703, 707.

⁴⁴⁰ S. Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 39; Tittmann, Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere von dem Menschenraube und der Entführung, S. 1.

⁴⁴¹ S. Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 40; Bloy, ZStW96 1984, 703, 707; Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, S. 219.

Gefangene kann seiner Gefangennahme nicht tatbestandsausschließend zustimmen,⁴⁴² da neben seiner Bewegungsfreiheit das staatliche Strafmonopol betroffen ist, über das der Gefangene selbstverständlich nicht selbst verfügen kann; es bedürfte hierzu der Zustimmung des staatlichen Würdenträgers.

Der Tatbestand der privaten Gefangennahme nach ALR gleicht der Bewegungsraumtheorie für Opfer einer heutigen Freiheitsberaubung in der mangelnden Relevanz des Opferwillens. Da auch die private Gefangenennahme das Hindern eines Menschen an seiner Fortbewegung betrifft, fragt es sich, warum hierin nicht auch ein Vorläufer des § 239 I StGB zu sehen ist; dem entspräche dann die Bewegungsraumtheorie.

c) Wandel im strafrechtlichen Schutz der Fortbewegung

Das Allgemeine Preußische Landrecht (ALR) brachte eine Neuerung, was den strafrechtlichen Schutz der Fortbewegung eines Menschen betrifft. In § 1077 ALR wurde erstmals die Selbstbestimmung des Menschen über seine Fortbewegung geschützt.⁴⁴³ In sämtlichen Kodifikationen zuvor lag dessen Zweck ausschließlich darin, das staatliche Strafmonopol vor privater Gefangenhaltung zu schützen, wie dies weiterhin auch im ALR (zweiter Teil, zwanzigster Titel, dreizehnter Abschnitt) in § 1079 i.V.m. § 1081 beibehalten wurde.⁴⁴⁴ Es gab im ALR demnach zwei Straftatbestände, nach denen das Hindern der Fortbewegung eines Menschen tatbestandsmäßig sein konnte.⁴⁴⁵

Entsprechende Vorschriften können im StGB nur in § 239 I StGB zu sehen sein, also nur noch in einer Norm. Ausgeschlossen ist, dass § 239 I StGB zugleich ein staatliches Strafprivileg als auch die Selbstbestimmung des Opfers schützt, da beide Gesetzeszwecke konträr zueinander stehen. Es muss daher ein Gesetzeszweck aus dem ALR im StGB aufgegeben worden sein. Damit entscheidet sich zugleich, welcher gesetzeshistorische Anhaltspunkt zwischen Bewegungsraumtheorie und herkömmlichen Ansicht weiterhin Bestand hat.

⁴⁴² Vgl. auch Jakobs, GS für H.Kaufmann, 791ff, 795.

⁴⁴³ S. NK-Sonnen, § 239, Rn. 3; Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 40; Bruck, Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit, S. 12ff.

⁴⁴⁴ Vgl. Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 155; Jakobs, GS für H.Kaufmann, 791ff, 793.

⁴⁴⁵ Vgl. Bloy, ZStW96 1984, 703, 707.

§ 239 I StGB steht im 18. Abschnitt des Strafgesetzbuchs. Dieser Abschnitt, so die amtliche Überschrift, enthält „Delikte gegen die persönliche Freiheit“. Dabei ist zweierlei auffällig: Erstens ähnelt die Überschrift der des Abschnitts des § 1077 ALR; im ALR (zweiter Teil, zwanzigster Titel, dreizehnter Abschnitt) heißt es „Von Beleidigung der Freiheit“. Zweitens entschied sich der Gesetzgeber im StGB damit gegen eine Einordnung in die Abschnitte „Delikte gegen die öffentliche Ordnung“ oder „Delikte gegen die Rechtspflege“. Beides spricht deutlich dafür, dass der Gesetzgeber in § 239 I StGB die Selbstbestimmung des Opfers über seine Fortbewegung schützt und nicht sein staatliches Gewaltmonopol.

Zweifel daran ergeben sich einzig daraus, dass im StGB Freiheitsberaubung und Nötigung in verschiedenen Tatbeständen normiert sind, anders als es bei § 1077 ALR der Fall war.⁴⁴⁶

Diese Zweifel allerdings finden keine weiteren Ansatzpunkte. Die Trennung von Freiheitsberaubung und Nötigung mag gesetzestechnische Gründe haben.⁴⁴⁷ Der Strafraum der Freiheitsberaubung ist höher als der der Nötigung. Ferner relativiert sich die Trennung dadurch, dass Freiheitsberaubung und Nötigung nicht nur im selben Abschnitt des StGB stehen, sondern auch unmittelbar benachbart sind: Freiheitsberaubung ist in § 239 StGB normiert, Nötigung in § 240 StGB.

In der Lehre ist strittig, ob Freiheitsberaubung gar *lex specialis* zur Nötigung ist.⁴⁴⁸ Ablehnende Stimmen argumentieren, dass Freiheitsberaubung gegenüber Nötigung ein intensiveres Einwirken auf den Willen des Opfers erfordere.⁴⁴⁹ Unbestritten ist dabei aber, dass beide Delikte in engem Zusammenhang zu verstehen sind.⁴⁵⁰

Insgesamt zeigt sich, dass der strafrechtliche Schutz der Fortbewegung eines Menschen einen Wandel erfahren hat.⁴⁵¹ Ursprünglicher Zweck war, das staatliche Gewaltmonopol zu schützen. Im ALR fand darüber hinaus der Zweck Eingang, die Selbstbestimmung eines

⁴⁴⁶ Vgl. Kargl, JZ 1999, 72, 78.

⁴⁴⁷ Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 45.

⁴⁴⁸ So vor allem: Fischer, § 239 StGB, Rn. 5. Vgl. darüber hinaus auch: Wessels/Hettinger, BT Teil/1, S. 111; Rengier, BT II, S. 143; NK-Sonnen, § 239, Rn. 31; LK-Träger, § 239, Rn. 41; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328.

⁴⁴⁹ Vgl. darüber hinaus MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 4; Kargl, JZ 1999, 72, 78; Bloy, ZStW 96 1984, 703, 709.

⁴⁵⁰ Vgl. etwa Gössel/Dölling, BT 1, S. 206; Arzt, Strafrecht BT, S. 225 (FN 13).

⁴⁵¹ Vgl. dazu auch Tittmann, Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere von dem Menschenraube und der Entführung, S. 2ff.

Menschen hinsichtlich seiner Fortbewegung zu schützen, § 1077 ALR.⁴⁵² Dieser Zweck wurde auch im Reichsstrafgesetzbuch und schließlich im Strafgesetzbuch in § 239 I StGB aufgegriffen. Vorläufer der Freiheitsberaubung ist daher nur § 1077 ALR, nicht aber die private Gefangenhaltung.⁴⁵³ Ein mit der privaten Gefangenhaltung vergleichbares Delikt gibt es im deutschen Strafrecht nicht mehr.

Die Umstände, unter denen das Hindern eines Menschen an seiner Fortbewegung geschützt ist, haben sich damit grundlegend geändert. Es ist eine Entwicklung hin zu einem Delikt, das nur noch Individualrechtsgüter schützt, namentlich Fortbewegung und die Selbstbestimmung. Es ist eine Entwicklung, in der der von der Bewegungseinschränkung Betroffene immer stärker an Bedeutung gewann.

Bei der Abwägung zwischen Bewegungsraumtheorie und herkömmlicher Ansicht zeigt sich hier die Historie des Tatbestandes der Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB als ein grundlegendes Argument für die herkömmliche Ansicht. Hinsichtlich des Schutzes der Fortbewegung hat sich als tragender Gesetzeszweck die Selbstbestimmung des Opfers herausgebildet.⁴⁵⁴ Man widerspricht dieser Entwicklung, wenn man mit der Bewegungsraumtheorie die tatbestandliche Bedeutung des Opfers der Freiheitsberaubung revidiert.

Zudem hat der Gesetzgeber diese Entwicklung in anderen Rechtsgebieten unterstrichen. Ein herausragendes Beispiel ist Art. 104 GG, wo der Gesetzgeber es mit großem Selbstverständnis als Bestandteil einer Freiheitsbeschränkung oder Freiheitsentziehung angesehen hat, dass sie gegen den Willen des Betroffenen geschieht.⁴⁵⁵

3. Fazit

Bei der Entscheidung zwischen herkömmlicher Ansicht und Bewegungsraumtheorie ist alleine die Auslegung des Tatbestandes der Freiheitsberaubung maßgeblich. Dessen Ergebnis

⁴⁵² Vgl. Bruck, Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit, S. 22ff.

⁴⁵³ S. auch NK-Sonnen, § 239, Rn. 3; Orth, Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, S. 41.

⁴⁵⁴ Vgl. dazu auch Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, S. 220.

⁴⁵⁵ S. Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 6 und 9; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 18. Vgl. zum Einfluss der Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB auf den Begriff der Freiheitsentziehung nach Art. 104 II GG auch Hantel, JuS 1990, 865, 869; Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, S. 29.

ist eindeutig: Die Selbstbestimmung des Opfers zu verletzen ist ein Tatbestandsmerkmal des § 239 I StGB. Eine Auslegung des Tatbestandes, die ein Tatbestandsmerkmal übergeht, ist unzulässig, sie überschreitet den Spielraum der Auslegung. Die Bewegungsraumtheorie ist deshalb abzulehnen. Wortlaut und Gesetzgebungsgeschichte der Freiheitsberaubung stärken dagegen die herkömmliche Ansicht. Freiheitsberaubung schützt die Fortbewegung kumulativ zur Selbstbestimmung.

Die Ansicht Jeschecks und Kargls, ihre allgemeine Rechtsgüterschutzkonzeption, kann bei solchen Tatbeständen nicht überzeugen, bei denen der Tatbestand gerade den Unwert der Verletzung der Selbstbestimmung normiert. Es verstößt gegen das Gesetzlichkeitsprinzip, den Opferwillen tatbestandlich unberücksichtigt zu lassen, wenn die Verletzung der Selbstbestimmung ein Tatbestandsmerkmal ist. Unvorstellbar wäre zum Beispiel eine Nötigung nach § 240 I StGB, ohne im Tatbestand die Verletzung der Selbstbestimmung festzustellen, oder ein Diebstahl nach § 242 I StGB, bei dem das Opfer dem Täter das Diebesgut freiwillig aushändigt. Ebenso ist es bei der Freiheitsberaubung, wenn auch hier die Verletzung der Selbstbestimmung als Tatbestandsmerkmal weniger offensichtlich ist.

D. Zusammenfassung

Freiheitsberaubung gemäß § 239 I StGB schützt nicht die Würde eines Menschen, daher nicht jeden Menschen, sondern nur denjenigen, der über seine Fortbewegung selbst bestimmen kann - so lautet die Quintessenz dieses Kapitels.

Die Bewegungsraumtheorie verfolgt einen beachtenswerten Ansatz. Nach ihr ist jeder Mensch taugliches Tatobjekt im Sinne des § 239 I StGB. Ebenso, wie eine Körperverletzung nach § 223 I StGB die körperliche Integrität schützt, soll die Freiheitsberaubung die Integrität des einen Menschen umgebenden Bewegungsraums schützen. Der Mensch ist Fixpunkt des Bewegungsraums und damit Opfer einer möglichen Freiheitsberaubung. Ob dieser Mensch sich fortbewegen kann, den Willen dazu entwickeln kann oder ob er einer Einschränkung seines Bewegungsraums zustimmt, ist nach der Bewegungsraumtheorie unerheblich für den Tatbestand der Freiheitsberaubung. Für die besondere Situation eines Altenpflegeheimes ist dieser Ansatz verlockend: Körperliche und geistige Gebrechen der Heimbewohner sind gleichgültig, ebenso etwa die Zustimmung zu freiheitsentziehenden Maßnahmen in einem Heimvertrag, denn nach der Bewegungsraumtheorie ist jede Einschränkung des

Bewegungsraums tatbestandsmäßig und bedarf einer Rechtfertigung. Es ist an potentielle Täter ein klares Signal. Freiheitsberaubung gewinnt so ein Stück weit mehr an Bestimmtheit.

Auf der anderen Seite kann man der Bewegungsraumtheorie vorwerfen, dass sie Menschen bevormundet, selbst über ihren Bewegungsraum zu verfügen. Auch bei einem zweifelsfreien Wunsch des Opfers, seinen Bewegungsraum preiszugeben, zwingt die Bewegungsraumtheorie Opfer und Täter dazu, dass der Täter den Tatbestand der Freiheitsberaubung verwirklicht und sich der Rechtfertigung stellen muss.

Ob die Bewegungsraumtheorie sinnvoll ist oder nicht, ist letztlich nicht ausschlaggebend. Sie muss aus einem anderen Grund abgelehnt werden: Die Bewegungsraumtheorie überschreitet den Spielraum zulässiger Auslegung des Tatbestand der Freiheitsberaubung. Die Überschreitung liegt darin, dass die Bewegungsraumtheorie individuelle Opfereigenschaften, insbesondere den Willen des Opfers auf der Ebene des Tatbestandes übergeht. Diese Opfereigenschaften, das zeigt der Wortlaut, ebenso wie historische und systematische Aspekte, sind beim Tatbestand der Freiheitsberaubung unverzichtbar.

Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB schützt nicht alleine die Fortbewegung eines Menschen, sondern auch die Selbstbestimmung darüber. Beides ist kumulativ zu sehen. Ein tatbestandsmäßiges Verhalten liegt nur dann vor, wenn sich das Einschränken der Fortbewegung auf die Selbstbestimmung des Opfers auswirkt. Weil dem so ist, bleibt es bei der Konsequenz nach der herkömmlichen Ansicht: Ein Mensch, der keinen gezielten Fortbewegungswillen bilden kann, scheidet als Opfer einer Freiheitsberaubung aus. Nicht alle Einschränkungen der Fortbewegung in einem Altenheim gegenüber den Heimbewohnern sind demnach strafbewehrt. Welche Fortbewegungshindernisse darüber hinaus nicht vom Tatbestand der Freiheitsberaubung erfasst werden, bestimmt neben dem Opfer auch der tatbestandsmäßige Erfolg. Dem wird im folgenden Kapitel nachgegangen.

Viertes Kapitel: Freiheitsentziehende Maßnahmen als tatbestandliche Handlungen des § 239 I StGB

Das folgende Erlebnis sensibilisierte eine Betreuungsrichterin in ihrer Wahrnehmung von Freiheitsberaubungen:⁴⁵⁶ Die Richterin konnte ein Heim nicht verlassen, nachdem sie eine Altenheimbewohnerin besuchte, die unter rechtlicher Betreuung stand. Sie scheiterte beim Versuch, die Stationstür zu öffnen. Diese Tür war mit einem so genannten Drei-Punkt-Trickschloss ausgestattet. Öffnen lässt sie sich nur, indem man mit einer Hand die Türklinke drückt und gleichzeitig mit der anderen Hand und einem Fuß zwei weitere Schalter betätigt. Nachdem das Pflegepersonal ihr zur Hilfe kam, war die Richterin wenig später wieder in Freiheit. Der Heimleiter erklärte daraufhin, dass diese Tür normalerweise dazu diene, Heimbewohner am Verlassen des Heims zu hindern. Dies sei legitim, da die Heimbewohner eine Einverständniserklärung unterschrieben hätten, dass sie mit der Handhabung der Türen einverstanden seien.

In der Tat kann wie hier die Zustimmung einer Heimbewohnerin in eine Einschränkung ihrer Fortbewegungsmöglichkeit der Annahme einer Freiheitsberaubung entgegenstehen. In diesem Kapitel geht es nun darum, was die tatbestandliche Handlung einer Freiheitsberaubung in Sinne des § 239 I StGB erfordert. Die Schwierigkeit der Subsumtion der tatbestandlichen Handlung des § 239 I StGB liegt hier wiederum darin, wie sich die geistigen und körperlichen Gebrechen der Heimbewohner und das Heimleben insgesamt mit den allgemeinen Merkmalen der Freiheitsberaubung vereinbaren lassen.

A. Allgemeine Definition der Freiheitsberaubung

Für eine Freiheitsberaubung sei entscheidend, "dass dem anderem [hier dem Opfer], sei es auch nur vorübergehend, unmöglich gemacht [wird], seinen Aufenthalt nach eigenem Belieben zu bestimmen oder zu verändern"⁴⁵⁷, so definierte das Reichsgericht (RG) im Jahre 1928 die Freiheitsberaubung im Sinne des damaligen § 239 S.1 RStGB⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Nach SZ vom 13.07.1998.

⁴⁵⁷ RG, Urt. v. 17.03.1927 - Strafsenat III 62/27, RGSt 61, 239, 241.

⁴⁵⁸ Strafgesetzbuch für das deutsche Reich von 1871.

Unter den vielen Definitionen der Freiheitsberaubung zu § 239 I StGB, der seinem Vorläufer aus dem RStGB im Wesentlichen entspricht,⁴⁵⁹ hat diese Definition des RG immer noch eine herausragende Stellung. Sie findet sich heute, sogar nahezu identisch, in vielen Urteilen⁴⁶⁰ und den gängigen Kommentaren⁴⁶¹ und Lehrbüchern⁴⁶² wieder. Sie ist sozusagen die Grunddefinition der Freiheitsberaubung.

In zweierlei Hinsicht haben Rechtsprechung und Lehre bisweilen die Definition der Freiheitsberaubung des RG konkretisiert:

Zum einen ergänzen sie die Definition um ein abwägendes Element. Dass der vermeintliche Täter sein Opfer am Verlassen des Aufenthaltsortes hindert, soll nur von grundsätzlicher Bedeutung für das Vorliegen einer Freiheitsberaubung sein, Ausnahmen davon sind möglich, wenn der Eingriff insgesamt unerheblich ist.⁴⁶³ Dies formuliert etwa *Eser* in Anlehnung an das RG folgendermaßen: "Dazu [für eine Freiheitsberaubung] ist erforderlich, dass ihm [dem Opfer], wenn auch nur vorübergehend, unmöglich gemacht wird, nach seinem freien Willen seinen Aufenthalt zu verändern, wobei jedoch unerhebliche Beeinträchtigungen nicht ausreichen".⁴⁶⁴

Zum anderen haben Rechtsprechung und Literatur relativiert, was es heißt, dem Opfer das Verlassen seines Aufenthaltsortes unmöglich zu machen. Unmöglich machen bedeutet nicht, so nach ganz herrschender Ansicht, dem Opfer faktisch keine Fluchtalternative zu belassen.⁴⁶⁵ Es genügt, dass sich das Opfer nur unter Inkaufnahme unzumutbarer Gefahren befreien könnte. Maßstäbe dafür, welche Gefahr unzumutbar ist, haben sich bisher nur ansatzweise

⁴⁵⁹ Zu § 239 RStGB vgl. auch: SK-Horn, § 239, Rn. 1; LK-Träger, § 239, Rn. vorl.

⁴⁶⁰ Vgl. u.a. BGH, Beschl. v. 08.03.2001 - 1 StR 590/00, NStZ 2001, 420; BGH, Urt. v. 25.02.1993 - 1 StR 652/92, NJW 1993, 1807; BGH, Urt. v. 06.12.1983 - 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183, 188.

⁴⁶¹ Vgl. u.a. S/S-Eser, § 239, Rn. 4; NK-Sonnen, § 239, Rn. 17; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 14.

⁴⁶² Vgl. u.a. Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 141; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 156; Arzt, Strafrecht BT, S. 225.

⁴⁶³ Vgl. zum Ganzen etwa: Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 144; NK-Sonnen, § 239, Rn. 19; LK-Träger, § 239, Rn. 18; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328. S. auch: BGH, Beschl. v. 21.01.2003 - 4 StR 414/02, NStZ-RR 2003, 168.

⁴⁶⁴ S/S-Eser, § 239, Rn. 4.

⁴⁶⁵ Vgl. zum Ganzen etwa: Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 144; Gössel/Dölling, BT 1, S. 252; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 156; Schumacher, FS für Wessels, 431, 441; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328. Vgl. dazu auch eingehend: Viertes Kapitel, C II.

herauskristallisiert.⁴⁶⁶ So wurde es in der Rechtsprechung als ausreichend erachtet, dass der Weg zur Befreiung „als ungewöhnlich, beschwerlich oder als anstößig anzusehen wäre“.⁴⁶⁷

Erheblichkeit des Eingriffes in die Fortbewegungsfreiheit zu fordern erscheint als eine Möglichkeit, der vermeintlichen Uferlosigkeit des Tatbestandes der Freiheitsberaubung entgegenzuwirken: Einzig das Opfer und der Erfolg begrenzen den Tatbestand der Freiheitsberaubung. Freiheitsberaubung ist ansonsten mittelunabhängig, das heißt, jedes Mittel kommt in Betracht, sofern es den Erfolg bewirken kann.⁴⁶⁸ Umso mehr kommt daher der Definition des Erfolges der Freiheitsberaubung die Aufgabe zu, zu verdeutlichen, was einen im Sinne des § 239 I StGB strafwürdigen Angriff auf die Fortbewegungsfreiheit eines Menschen ausmacht. Darin mag die Tendenz in Rechtsprechung und Literatur begründet sein, die Anforderungen an eine Freiheitsberaubung höher anzusetzen, als es aus der Grunddefinition des RG ersichtlich ist. So soll nicht jede „Bagatelle“ den Tatbestand der Freiheitsberaubung verwirklichen können.⁴⁶⁹ Es erinnert an die aufgezeigte Diskussion aus dem öffentlichen Recht um die Abgrenzung zwischen Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung.⁴⁷⁰ Möglicherweise können hier Parallelen gezogen werden, was einen unerheblichen Eingriff, eine Bagatelle, ausmacht.

Insgesamt zeigt sich für die Auslegung des Begriffs der Freiheitsberaubung jedoch keine klare Tendenz hin zu einem restriktiven Verständnis. Der Ausschluss von Bagatellen erhöht zwar die Anforderungen an eine Freiheitsberaubung, die Relativierung des Fortbewegungshindernisses verringert sie jedoch. Mithin sorgen die Konkretisierungsbemühungen ihrerseits für neue, weitgehend ungelöste Fragen. Auf eine konturenscharfe Auslegung des Begriffs der Freiheitsberaubung kann bisher nicht zurückgegriffen werden.

Die Unklarheiten betreffen dabei nur die Randbereiche der Freiheitsberaubung. Im Kern ist der Begriff gesichert. Es handelt sich dabei um die gleichen drei Elemente, die sich bereits als Bestandteile der Freiheitsentziehung im Ersten Kapitel zeigten, nämlich eine allseitige

⁴⁶⁶ Vgl. etwa: NK-Sonnen, § 239, Rn. 19; Gössel/Dölling, BT 1, S. 252f; Schumacher, FS für Wessels, 431, 443.

⁴⁶⁷ RG, Urt. v. 10.04.1883 - Strafsenat II 683/83, RGSt 8, 210.

⁴⁶⁸ SK-Horn, § 239, Rn. 7.

⁴⁶⁹ Vgl. S/S-Eser, § 239, Rn. 6.

⁴⁷⁰ Vgl. Erstes Kapitel, A. II.

Fortbewegungseinschränkung, Zwang und Erheblichkeit.⁴⁷¹ Demgegenüber wirkt der Sprachgebrauch bei der Auslegung der Freiheitsberaubung nur etwas schwerfälliger. Es sind aber dieselben Elemente: Es dem Opfer unmöglich zu machen, seinen Aufenthaltsort zu verlassen, ist nichts anderes als die allseitige Fortbewegungseinschränkung. Dass dabei auf das Belieben des Opfers abgestellt wird, beschreibt Zwang. Hinzu kommt die Erheblichkeit des Eingriffes, was Bestandteil beider Definitionen ist. Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB kann daher in Anlehnung an den Begriff der Freiheitsentziehung auch als eine erzwungene, allseitige Fortbewegungseinschränkung von gewisser Erheblichkeit definiert werden.

B. Einverständnis als wichtigster Ausschlussgrund

Die wirksame Zustimmung der Heimbewohner in ein Einschränken ihrer Fortbewegungsmöglichkeit steht der Annahme einer Freiheitsberaubung entgegen. Der Erfolg einer Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB erfordert Zwang, also ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Betroffenen.⁴⁷² Zustimmung bedeutet keinen Zwang, und ohne Zwang gibt es keine Freiheitsberaubung. Einen solchen Willen des potentiellen Opfers, der bereits für den Tatbestand eines Deliktes relevant wird, wird allgemein als Einverständnis bezeichnet.⁴⁷³

Ein wirksames Einverständnis hat absolute Wirkung. Es ist unerheblich, durch welches Mittel die Fortbewegung eingeschränkt wird, sei es, wie im Beispiel eingangs genannt, ein Tricktürschloss, oder eine intensivere Maßnahme wie eine Fixierung. Absolute Wirkung meint also, dass alle Fortbewegungseinschränkungen durch ein Einverständnis strafrechtlich legitimiert werden können.⁴⁷⁴ In diesem Fall erübrigen sich die anderen Voraussetzungen der Freiheitsberaubung. Das Einverständnis des Heimbewohners scheint daher auf den ersten Blick für die Pflegenden ein probates Mittel zu sein, um sich bei der Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen abzusichern gegenüber der Gefahr, den Tatbestand der Freiheitsberaubung zu verwirklichen.

⁴⁷¹ Erstes Kapitel, A.

⁴⁷² Wessels/Hettinger, BT Teil/1, S. 110; S/S-Eser, § 239, Rn. 4 und 8; Rengier, BT II, S. 141f; SK-Horn, § 239, Rn. 9; LK-Träger, § 239, Rn. 6.

⁴⁷³ S. dazu m.w.N. und der Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung: Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 375. Vgl. auch Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 540ff; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 240ff.

⁴⁷⁴ Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 116f; Samson, Strafrecht I, S. 83.

Diesen Gedanken findet man so auch in der pflegerischen Praxis wieder: Heimbewohner unterschreiben Einverständnisformulare, dass sie Einschränkungen ihrer Fortbewegungsmöglichkeit durch den Heimbetrieb zustimmen. Entsprechende Klauseln finden sich auch in Heimverträgen, einer Art Mietvertrag zwischen künftigen Heimbewohnern und dem Heimträger.⁴⁷⁵ Fraglich ist, ob ein solcher "Freischein" zur straflosen Begehung von Fortbewegungseinschränkungen tatsächlich mit der Dogmatik des § 239 I StGB zu vereinbaren ist.

I. Anforderungen an das Einverständnis

Welche Anforderungen an ein Einverständnis im Sinne des § 239 I StGB zu stellen sind, darüber gibt es in Rechtsprechung und Lehre nur fragmentarische Ausführungen. Auch gibt es keine allgemeine Lehre des Einverständnisses,⁴⁷⁶ vergleichbar mit derjenigen der Einwilligung,⁴⁷⁷ da ein Einverständnis von Funktion und Rechtsgut des betroffenen Tatbestands geprägt ist.⁴⁷⁸ Dennoch zeigt die Dogmatik zu den jeweiligen Tatbeständen, dass ein Einverständnis im Grundsatz die folgenden Merkmale erfordert:⁴⁷⁹

Der Zeitpunkt des Einverständnisses muss vor der Tat vorliegen. Eine nachträgliche Genehmigung des Betroffenen lässt den Tatbestand nicht entfallen.⁴⁸⁰

Das Einverständnis kann nur die Person erteilen, die die Rechtsgutsverletzung betrifft; das Einverständnis ist also persönlich zu erklären. Der Betroffene kann dabei nicht, etwa durch seinen Betreuer, wirksam vertreten werden.⁴⁸¹

Ein Einverständnis erfordert keine sich nach außen manifestierende Erklärung. Die innere Zustimmung genügt.⁴⁸² Diese solle jedoch mehr sein als das bloße Erdulden der Tat.⁴⁸³ Für

⁴⁷⁵ Im Bereich Altenpflegeheime ist dies meist ein so genannter "Krankenhausvertrag", vgl. dazu Creifelds, Rechtswörterbuch, S. 45f "Altenwohnheime". Vgl. auch § 5 HeimG.

⁴⁷⁶ Vgl. dazu etwa S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 32; Steffen, Arztrecht 1994, 179, 179f; Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 93f.

⁴⁷⁷ S. etwa m.w.N. Pawlowski, JZ 2003, 66; Rönau, Jura 2002, 665; Schmidt/Wolfslast, DMW 2002, 634; Schünemann, VersR 1981, 306.

⁴⁷⁸ S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 32.

⁴⁷⁹ Vgl. dazu S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 32; Steffen, Arztrecht 1994, 179, 179f; Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 93f.

⁴⁸⁰ Vgl. etwa Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 240f.

⁴⁸¹ Vgl. S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 32.

die Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen bedeutet dies: Auch wenn eine Heimbewohnerin ihnen nicht ausdrücklich zustimmt, folgt daraus nicht zwingend, dass es an einem Einverständnis im Sinne des § 239 I StGB fehlt, denn die Heimbewohnerin könnte innerlich zugestimmt haben. Es ist eine Frage des Einzelfalles, ob dabei der innere Wille über ein Erdulden hinausgeht. Sich auf die innere Zustimmung zu berufen ist möglich, stellt aber immer ein Risiko dar, weil man sich alleine einer inneren Zustimmung nicht wirklich sicher sein kann.

Ähnlich verhält es sich mit dem letzten Merkmal eines wirksamen Einverständnisses, den geistigen Anforderungen an den Betroffenen. Der Betroffene muss mindestens die natürliche Willensfähigkeit aufweisen.⁴⁸⁴ Auf die natürliche Willensfähigkeit und welche Schwierigkeiten deren Feststellung unter Umständen bereiten kann, wurde bereits im zweiten Kapitel bei der Erörterung des Schutzbereiches der Freiheitsberaubung eingegangen.⁴⁸⁵ Im übrigen gibt es dazu eine ähnliche Problematik im Rahmen der Einwilligung, nämlich die Frage der Einwilligungsfähigkeit. Dazu hat sich insbesondere hinsichtlich medizinischer Eingriffe eine umfangreiche Dogmatik entwickelt,⁴⁸⁶ auf die gesondert einzugehen allerdings den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Im folgenden als qualifiziertes Einverständnis bezeichnet, werden vielmehr die vereinzelt in der Lehre erwogenen weiteren Anforderungen, sowohl an den Erklärenden als auch an den Inhalt eines Einverständnisses, erörtert.

Nach *Jakobs*⁴⁸⁷ muss sich das Einverständnis auf einen bestimmten Täter beziehen. *Schumacher*⁴⁸⁸ fordert darüber hinaus, dass ein wirksames Einverständnis auch die anderen Tatmodalitäten, Mittel, Zeit und Dauer, erfassen muss. Unter Verweis auf *Stratenwerth*⁴⁸⁹ erwägt Schumacher ferner, die Dispositionsfähigkeit speziell beim Tatbestand der Freiheitsberaubung einzuschränken: Die natürliche Willensfähigkeit einer Person reiche bei § 239 I StGB nicht für ein Einverständnis aus. Der Betroffene müsse Bedeutung und Tragweite

⁴⁸² Samson, Strafrecht I, S. 83.

⁴⁸³ Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 241.

⁴⁸⁴ Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 116; S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 32; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 240; Samson, Strafrecht I, S. 83.

⁴⁸⁵ Zweites Kapitel, D, II.

⁴⁸⁶ vgl. etwa m.w.N. Pawlowski, JZ 2003, 66; Rönna, Jura 2002, 665; Schmidt/Wolfslast, DMW 2002, 634; Schünemann, VersR 1981, 306.

⁴⁸⁷ Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 242.

⁴⁸⁸ Schumacher, FS für Wessels, 431, 444.

⁴⁸⁹ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 139.

des Eingriffs erkennen, es bedürfte einer qualifizierten Einverständnissfähigkeit. Schumacher bezweifelt deshalb explizit die Fähigkeit eines Alzheimerpatienten, ein wirksames Einverständnis im Sinne des § 239 I StGB erteilen zu können.⁴⁹⁰

Diese Erwägungen, einerseits über die Bestimmtheit eines Einverständnisses, andererseits über die Dispositionsfähigkeit des Erklärenden ähneln sich. Es sind im Grunde zwei Seiten derselben Medaille: Umso mehr Umstände ein Erklärender in sein Einverständnis mit aufnehmen muss, umso mehr muss er sich die Bedeutung und Tragweite der Fortbewegungsbeschränkung bewusst machen. Solche Erwägungen zielen darauf, die Möglichkeit eines Einverständnisses einzuschränken.⁴⁹¹ Es folgt daraus ein Zuwachs an tatbestandlichen Freiheitsberaubungen. Gründe gibt es dafür. Es sind dieselben, die im vorangegangenen Kapitel für die Bewegungsraumtheorie ins Feld geführt wurden.⁴⁹² Auch hier geht es um den Schutz für die potentiellen Opfer einer Fortbewegungseinschränkung. Es besteht die Gefahr, dass Personen durch ihr Einverständnis womöglich zu leichtfertig über ihre Fortbewegungsfreiheit verfügen, damit auch über den Schutz, den ihnen der Tatbestand der Freiheitsberaubung verschafft hat. Dieser Gefahr treten die Erwägungen entgegen, nach denen die Anforderungen an ein Einverständnis im Sinne des § 239 I StGB hoch anzusetzen sind. Überträgt man die Anforderungen auf den Untersuchungsgegenstand, so sind generelle bzw. pauschale Einverständniserteilungen unwirksam, etwa ein Einverständnis in alle freiheitsentziehenden Maßnahmen, die im Heimbetrieb zu erwarten sind. Ein wirksames Einverständnis müsste in weitaus stärkerem Maße bestimmbar sein, sich an einer konkreten Maßnahme orientieren, absehbar sein, sowohl was die Dauer als auch die Beteiligten angeht. Ein wirksames Einverständnis wäre auch von der qualifizierten Einverständnissfähigkeit des Heimbewohners abhängig, nicht jeder könnte wirksam ein Einverständnis erteilen.

Solche Anforderungen eines qualifizierten Einverständnisses sind jedoch im Rahmen des § 239 I StGB abzulehnen. Grundsätzlich gilt nämlich, dass ein Einverständnis faktischer Natur ist.⁴⁹³ Verständlich wird dies im Unterscheid zur Einwilligung.⁴⁹⁴ Eine Einwilligung ist ebenfalls eine zustimmende Willenserklärung des Opfers in die Tat. Sie ist aber, so

⁴⁹⁰ Schumacher, FS für Wessels, 431, 444.

⁴⁹¹ Vgl. auch Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 240ff.

⁴⁹² Drittes Kapitel, A., B.

⁴⁹³ S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 32; Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 94.

⁴⁹⁴ Gute Übersicht bei Samson, Strafrecht I, S. 83.

insbesondere die Rechtsprechung,⁴⁹⁵ erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen.⁴⁹⁶ Die Einwilligung ist normativer Natur. Sie unterliegt einer Abwägung. Sie ist ein Privileg für den Täter, dessen Umstände durch die Rechtsdogmatik festgelegt werden.⁴⁹⁷ Die Einwilligung entkräftet die Unrechtsindikation des Tatbestandes. Anders dagegen das Einverständnis. Es ist in den entsprechenden Delikten bereits im Tatbestand verankert, dass die Zustimmung des Opfers einer Strafbarkeit entgegensteht. Es ist dort ein Teil des Unrechts der Taten, dass der Täter den Willen des Opfers bricht.⁴⁹⁸ Da die Relevanz der Zustimmung des Opfers in diesen Fällen direkt aus dem Tatbestand herrührt, ist es viel eher geboten, dem zustimmenden Willen des Opfers Rechnung zu tragen.⁴⁹⁹ Stellt man jedoch erhöhte Anforderungen an das Einverständnis, dann besteht die Gefahr, dass das Unrecht der Tat zu Lasten des Täters unterlaufen wird. Sind Tatbestände nur verwirklicht, wenn die Handlung gegen den Willen des Opfers ist, dann ist das Nichtvorliegen eines Einverständnisses Teil der Tatbestandsmäßigkeit. Bei einem Einverständnis des Opfers verwirklicht der Handelnde in diesen Fällen nicht den Tatbestand, er unterliegt daher nicht dem Druck der Rechtfertigung für sein Handeln.

Es gibt nur einen Grund, warum bei einem Einverständnis ausnahmsweise Anforderungen zu stellen sind, die über die aufgezeigten Grundvoraussetzungen hinausgehen, nämlich dann, wenn sich dies aus dem jeweiligen Tatbestand ergibt. Es ist der Gedanke, dass ein Einverständnis geprägt ist von Funktion und Rechtsgut des betroffenen Tatbestands,⁵⁰⁰ nur daraus können sich besondere Anforderungen an das jeweilige Einverständnis ergeben. Dies trifft jedoch auf ein Einverständnis im Sinne des § 239 I StGB nicht zu.

Wie aufgezeigt schützt der Tatbestand der Freiheitsberaubung den Willen zur Fortbewegung.⁵⁰¹ Eine Fortbewegungsbeschränkung ist demnach von § 239 I StGB nicht geschützt, wenn sie vom vermeintlichen Opfer gewollt ist. Das Einverständnis muss also das Wollen der Fortbewegungseinschränkung ausdrücken. Mehr braucht es nicht.

⁴⁹⁵ BGH, Urt. v. 13.05.1969 - 2 StR 616/68, BGHSt 23, 1.

⁴⁹⁶ Kritisch dazu Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 540ff.

⁴⁹⁷ Vgl. dazu auch Kargl, JZ 1999, 72, 76f; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 376. Vgl. auch AK-StGB-Hassemer, vor§1, Rn. 271.

⁴⁹⁸ S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 31.

⁴⁹⁹ S. auch Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 116f.

⁵⁰⁰ S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 32; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 240.

⁵⁰¹ Eingehend dazu Drittes Kapitel, C.III.2.

Darüber hinaus ist Freiheitsberaubung mittelunabhängig.⁵⁰² Wie es zum Erfolg der Fortbewegungseinschränkung kommt, ist zur Verwirklichung des Tatbestands gleichgültig. Die Mittelunabhängigkeit ist ein Beispiel dafür, dass der Tatbestand keinen Grund bietet, erhöhte Anforderungen an ein Einverständnis bei § 239 I StGB zu stellen: Mittelunabhängigkeit des § 239 I StGB ist ein grundlegendes Merkmal des Tatbestandes. Befremdlich ist es demgegenüber, bei einem Einverständnis zu erwarten, dass das Tatmittel benannt ist. Ähnliches ist es für die anderen Tatmodalitäten. Freiheitsberaubung ist täterunabhängig. § 239 I StGB ist ein Allgemeindelikt, jeder kann Täter einer Freiheitsberaubung sein. Auch hier ist der Tatbestand selbst generell gehalten.

Opferunabhängig ist Freiheitsberaubung nicht, zumindest nicht grundsätzlich.⁵⁰³ Daraus aber den Schluss zu ziehen, das Opfer bedürfe für ein wirksames Einverständnis einer qualifizierten Einverständnissfähigkeit, findet keine Entsprechung im Tatbestand der Freiheitsberaubung. Es kann vielmehr ein umgekehrter Zusammenhang bestehen: Personen, die keine qualifizierte Einverständnissfähigkeit aufweisen, die die Tragweite und Bedeutung eines Eingriffs in die Fortbewegungsfreiheit nicht erkennen, werden oftmals diejenigen sein, die unfähig sind, einen gezielten Fortbewegungswillen zu bilden. Diese Personen können bereits kein Opfer einer Freiheitsberaubung sein.⁵⁰⁴ Ihr Einverständnis ist tatsächlich bedeutungslos, aber nicht, weil ihr Verständnis unwirksam ist, sondern weil an ihnen keine Freiheitsberaubung begangen werden kann. Es bedarf hier erst gar keines zustimmenden Willens des vermeintlichen Opfers, damit der Täter straflos dessen Fortbewegungsfreiheit einschränken kann. Mit der Opfertauglichkeit im Sinne des § 239 I StGB ist bereits eine Auswahl getroffen. Für alle anderen, die ganz überwiegende Mehrheit der Menschen, die fähig sind, einen gezielten Fortbewegungswillen zu bilden, gilt das Gleiche wie bei den Mitteln und Tätern der Freiheitsberaubung. Es gibt keine Einschränkungen. An ihnen allen kann eine Freiheitsberaubung begangen werden.

Alles kann daher spiegelbildlich gesehen werden. So wie der Tatbestand von Mitteln oder Tät ereigenschaften unabhängig ist, so ist es auch das Einverständnis. So wie die natürliche Willensfähigkeit, einen gezielten Fortbewegungswillen bilden zu können, ausreicht, um Opfer im Sinne des § 239 I StGB sein zu können, so genügt diese geistige Fähigkeit für ein

⁵⁰² M.w.N.: Fischer, § 239 StGB, Rn. 8; SK-Horn, § 239, Rn. 7. S. bereits: Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328.

⁵⁰³ Vgl. eingehend dazu Zweites Kapitel, insb. C., D.

Einverständnis. Es ist eine konsequente Auslegung. Sie akzeptiert insbesondere den Stellenwert des Opferwillens. Es wäre insofern widersprüchlich, einerseits für das Vorliegen des Tatbestandes auf den natürlichen Willen zu einem gezielten Fortbewegungswillen abzustellen, andererseits aber eine Willensäußerung in natürlicher Willensfähigkeit als Einverständnis nicht zu akzeptieren. Damit würde die Bedeutung des Willens verkannt, die man zuvor für die Schutzbereichseröffnung als wesentlich angesehen hat. Es gilt: Jeder, der fähig ist, Opfer einer Freiheitsberaubung zu sein, muss auch darüber verfügen können.

Insgesamt sind daher keine besonderen Fähigkeiten an den Erklärenden für ein Einverständnis im Sinne des § 239 I StGB zu stellen, ebenso wenig wie die Umstände der Fortbewegungsbeschränkung im Einverständnis beschrieben werden müssen. Die einzige Besonderheit, die ein solches Einverständnis gegenüber seinen Grundvoraussetzungen aufweist, ist, dass sie sich auf eine Fortbewegungsbeschränkung richtet. Dies ergibt sich einzig aus Funktion und Rechtsgut des Tatbestandes der Freiheitsberaubung.

Obwohl diese Feststellung einfach erscheint, ist sie besonders bedeutend. Man vergegenwärtige sich nochmals den Eingangsfall des Kapitels, das Altenheim, in dem ein so genanntes Trickschloss an der Stationstür verhindert, dass Heimbewohner (und eine RichterIn) die Station verlassen. Soweit ersichtlich umfasst das schriftliche Einverständnis der Altenheimbewohner nur die Handhabung der Tür. Das Einverständnis betrifft hier nur das Mittel der vermeintlichen Freiheitsberaubung. Ein wirksames Einverständnis im Sinne des § 239 I StGB impliziert dies allerdings nicht. Entscheidend ist einzig, ob dem zustimmenden Bewohner auch die Folge des Türmechanismus bewusst ist, nämlich dass er fortan die Station ohne fremde Hilfe nicht verlassen kann. Ein wirksames Einverständnis im Sinne des § 239 I StGB erfordert nur, dass der so Erklärende dem Ergebnis des Mittels zustimmt, der Einschränkung der eigenen Fortbewegungsfreiheit.

II. Widerruf des Einverständnisses

Die Bedeutung der Anforderungen einer inneren Zustimmung und der Einverständnissfähigkeit, überhaupt die des Einverständnisses, sollte man jedoch auch nicht überbewerten. Sämtliche Mühen um die Ausgestaltung des Einverständnisses unterliegen der

⁵⁰⁴ Zweites Kapitel, D., I.

Gefahr, hinfällig zu werden. Ein Einverständnis ist durch den Betroffenen widerrufbar.⁵⁰⁵ In dem Augenblick, in dem sich die Heimbewohnerin gegen eine Beschränkung ihrer Fortbewegung wendet, mehr Bewegungsraum einfordert, etwa das Altenpflegeheim verlassen möchte, in diesem Augenblick ist grundsätzlich ihr vorheriges Einverständnis widerrufen und damit bedeutungslos. Heimbewohnern kann daher ihr ursprünglich erteiltes Einverständnis nicht entgegengehalten werden, wenn sie Einschränkungen ihrer Fortbewegungsfreiheit widerrufen.⁵⁰⁶ Damit relativiert sich die Bedeutung möglicher vorangegangener Erklärungen. Gerade bei pauschalen Einverständniserklärungen oder Klauseln in Heimverträgen ist dies zu beachten. Pauschale Einverständniserklärungen und entsprechende Klauseln in Heimverträgen hindern daher nicht prinzipiell an der Verwirklichung einer tatbestandlichen Freiheitsberaubung. Ein Einverständnis der Heimbewohnerin ist daher am besten gemeinsam mit einem möglichen Widerruf zu untersuchen.

Dies gilt im Rahmen des § 239 I StGB auch, wenn man allgemein von einer generell eingeschränkten Widerrufbarkeit eines Einverständnisses ausgeht. So wird die Ansicht vertreten, dass ein Einverständnis nur dann widerrufen werden könne, wenn das Einverständnis im konkreten Fall keine zivilrechtlich bindende Erklärung sei.⁵⁰⁷ In den vorliegenden Konstellationen gelangt diese Ansicht jedoch nicht zu anderen Ergebnissen; auch sie belässt es mangels zivilrechtlicher Bindungswirkung bei der freien Widerrufbarkeit eines Einverständnisses in eine Fortbewegungseinschränkung. Eine Verfügung über die eigene Fortbewegungsfreiheit wird nach § 138 BGB als sittenwidrig und deshalb zivilrechtlich als unverbindlich angesehen.⁵⁰⁸ Dies beruht auf der allgemeinen Ansicht, dass die Geltung von Grundrechten grundsätzlich nicht vertraglich ausgeschlossen werden kann.⁵⁰⁹ Grundrechte haben im Rahmen der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB auch eine Wirkung zwischen Privaten.⁵¹⁰ Die Fortbewegungsfreiheit ist ein solches Grundrecht nach Art. 2 i.V.m. Art. 104 GG.⁵¹¹

⁵⁰⁵ Vgl. dazu auch S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 32; Steffen, *Arztrecht* 1994, 179, 179f; Gastiger, *Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe*, S. 93f.

⁵⁰⁶ Im Ergebnis so auch: Linzbach, NDV 1984, 199, 200.

⁵⁰⁷ Everts, NDV 1983, 200.

⁵⁰⁸ Gastiger, *Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe*, S. 94; Linzbach, NDV 1984, 199, 199.

⁵⁰⁹ Vgl. m.w.N.: MünchKommBGB-Armbrüster, § 138 BGB, Rn. 21.

⁵¹⁰ MünchKommBGB-Armbrüster, § 138 BGB, Rn. 20.

⁵¹¹ Eingehend dazu auch Erstes Kapitel, A.II., B.

Auch wenn für ein Einverständnis über Fortbewegungsbeschränkungen aus zivilrechtlicher Sicht kein Bestandsschutz besteht und das Einverständnis somit frei widerrufbar ist, hindert dies dennoch nicht an einer Annahme eines gewissen Vertrauensschutzes in die Fortdauer eines Einverständnisses. Das Pflegepersonal muss den Widerruf nämlich zur Kenntnis nehmen, erst dann sind strafrechtliche Folgen denkbar. Die Kenntnisnahme des Widerspruchs stellt eine Zäsur dar. Zuvor glaubt die Pflegekraft noch an eine einverständliche Fortbewegungseinschränkung. Sie hat damit keinen Vorsatz, gemäß § 16 I StGB eine Freiheitsberaubung zu begehen. Es fehlt ihrem Vorsatz Zwang, der Tatbestandsmerkmal des § 239 I StGB ist. Eine fahrlässige Freiheitsberaubung ist darüber hinaus nicht strafbar. Erst nach Kenntnisnahme des Widerspruchs kann sich ihr Vorsatz geändert haben. Erst ab diesem Zeitpunkt kommt wieder eine Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung in Betracht, nun meist in Form einer Unterlassensstrafbarkeit, falls die Fortbewegungseinschränkung nicht aufgehoben wird.

Die Frage, wie eine Pflegekraft Kenntnis des Widerrufs eines Einverständnisses erlangt, lässt sich nicht schematisch klären. Eine Möglichkeit ist die ausdrückliche Erklärung der Heimbewohnerin gegenüber der Pflegekraft. Sie ist eindeutig. Kenntnisnahme ist jedoch auch auf anderen Wegen vorstellbar, etwa durch den Versuch, die freiheitsentziehende Maßnahme zu überwinden.⁵¹² Kenntnisnahme kann man daher auch als einen Impuls beschreiben, der das Wissen einer Person, hier der Pflegekraft, um den Widerruf erweitert. Interessanterweise ist ein solcher Impuls auch gänzlich ohne Kommunikation denkbar. Alleine aus den Umständen der Fortbewegungseinschränkung heraus und ohne sichtbare Überwindungsversuche des Betroffenen kann nämlich die Pflegekraft daran zweifeln, ob ein anfängliches Einverständnis des Betroffenen nicht mittlerweile widerrufen wurde, zum Beispiel, wenn eine Fixierung sehr lange fort dauert. Kommt zu ihrem Gedanken noch der Willen hinzu, zumindest eine zwangsweise Einschränkung der Fortbewegung billigend in Kauf zu nehmen, hat die Pflegekraft Vorsatz hinsichtlich einer Freiheitsberaubung. Eine Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung erscheint wiederum möglich.

III. Fazit

Freiheitsentziehende Maßnahmen sind keine Freiheitsberaubung, wenn ein wirksames Einverständnis vorliegt. Ein wirksames Einverständnis im Rahmen des § 239 I StGB

orientiert sich weitgehend an dessen grundlegenden Voraussetzungen: Ein Einverständnis steht nur dem Betroffenen zu und es muss vor dem Eingriff vorliegen. Selbst seine bloße innere Zustimmung kann genügen. Dass der Betroffene hinsichtlich seiner Einverständniskapazität einen natürlichen Willens hat, schränkt ein Einverständnis hier nicht ein, weil bereits nur Menschen mit natürlicher Willensfähigkeit Opfer einer Freiheitsberaubung sein können. Wer ferner ein mögliches Opfer eines Eingriffs in seine Fortbewegungsfreiheit ist, der muss auch darüber verfügen können. Opferfähigkeit und Einverständniskapazität klaffen nicht auseinander, es gibt keine so genannte qualifizierte Einverständniskapazität. Neben den Grundvoraussetzungen ist für ein wirksames Einverständnis bei einer Freiheitsberaubung nur erforderlich, dass der Betroffene in den Erfolg der Freiheitsberaubung sein Einverständnis erteilt, dass er sich also der allseitigen Fortbewegungseinschränkung bewusst ist. Darüber hinaus ist es dem Betroffenen nicht verwehrt, in unbestimmter Weise über seine Fortbewegungsfreiheit zu verfügen. Auch durch generelle Einverständnisformulare ist ein wirksames Einverständnis möglich. Dass dabei womöglich Heimbewohner leichtfertig über den Schutz ihrer Fortbewegungsfreiheit verfügen, diese Gefahr relativiert sich. Genauso leicht wie ein Einverständnis möglich ist, kann der Betroffene auch sein Einverständnis widerrufen. Auch wenn es keine zwingende Voraussetzung eines wirksamen Einverständnisses ist, so ist es dennoch für das Pflegepersonal ratsam, es nicht nur bei einer pauschalen Einverständniserklärung zu belassen, sondern sich bei den Heimbewohnern immer wieder über die Zustimmung in freiheitsentziehende Maßnahmen rückzuversichern: Je bestimmter der Betroffene die Umstände der Fortbewegungseinschränkung billigt, um so eher wird es sich um ein Einverständnis in die Fortbewegungseinschränkung als Erfolg handeln, und um so eher wird der Betroffene dazu geneigt sein, sein Einverständnis nicht zu widerrufen.

C. Allseitige Fortbewegungseinschränkung

Zu klären ist weiterhin, was es im Sinne des § 239 I StGB bedeutet, eine Heimbewohnerin allseitig in einer Fortbewegung einzuschränken. Ist eine Heimbewohnerin an Händen, Füßen und Rumpf an ihrem Bett fixiert, ist sie allseitig an einer Fortbewegung gehindert, da sie ihr Bett nicht verlassen kann. Dies erscheint auf den ersten Blick unproblematisch. Eine solche Fixierung soll gerade ein Fortbewegen unmöglich machen, auch gesunde, kräftige Menschen können sich ihr nur schwer entziehen. Dennoch kommt es bei Fixierungen immer wieder zu

⁵¹² Vgl. auch Kreuels, Die Fixierung von A-Z, Ein Stationsleitfaden, S. 11.

tragischen Unfällen: Fixierte Heimbewohner sterben, weil sie sich teilweise aus ihrer Fesselung befreit haben, aus dem Bett stürzen und sich an den noch verbliebenen Fixiergurten erdrosseln.⁵¹³ Möglich scheint auch, dass sich Heimbewohner gänzlich aus einer Fixierung befreien. Handelt es sich in diesen Fällen bei den freiheitsentziehenden Maßnahmen dennoch um eine allseitige Fortbewegungshinderung im Sinne des § 239 I StGB? Diese Frage stellt sich erst recht bei solchen Maßnahmen, deren Merkmale von denjenigen abweichen, die Fixierungen noch wie selbstverständlich als allseitige Fortbewegungshinderungen erscheinen lassen. Fraglich sind zum Beispiel Türschlösser mit speziellen Schließmechanismen wie im Eingangsfall des Kapitels. Eingesetzt werden ferner Türen mit entgegengesetzter Funktion der Klinke, bei denen zum Öffnen der Tür die Klinge nicht gedrückt, sondern gehoben werden muss.⁵¹⁴ Folge ist, dass es Heimbewohnern schwer fallen kann, bisweilen unmöglich ist, die Türschwelle zu überqueren, je nach Grad geistiger oder körperlicher Gebrechen. Die Einschränkung der Fortbewegung betrifft hierbei nur bestimmte Personen, das Pflegepersonal kann die Tür problemlos öffnen, weil sie in den Mechanismus eingeweiht sind.

I. Absolute Hindernisse

Grundsätzlich ist Fortbewegen jede Ortsveränderung eines Menschen ungeachtet ihrer Mittel, etwa Gehen, Rennen, aber auch Krabbeln oder Autofahren.⁵¹⁵ Einschränken bedeutet Verringern, Begrenzen oder Einengen. Mit anderen Worten steht Fortbewegungsbeschränkung für ein Verringern der Möglichkeit zur Ortsveränderung. Allseitigkeit intensiviert dies.

Allseitig wird in Rechtsprechung und Lehre in diesem Zusammenhang folgendermaßen beschrieben: Die Fortbewegung muss nach allen Richtungen hin unmöglich sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter das Opfer am Verlassen des Aufenthaltsortes hindert. Es reicht nicht aus, wenn nur der Zugang zu einem Ort verwehrt ist.⁵¹⁶ In einem Altenpflegeheim ist es deshalb keine Freiheitsberaubung, wenn einzelne Räume verschlossen werden, in denen sich niemand aufhält. Der Tatbestand der Freiheitsberaubung sichert nicht den Zugang zu einem Raum.

⁵¹³ Mittler, SZ vom 02.06.2006; Mohsenian, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 266; Pedal, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1996, 180.

⁵¹⁴ Vgl. dazu und weitere Beispiele: Erstes Kapitel, E. I.

⁵¹⁵ Vgl. dazu auch Fischer, § 239 StGB, Rn. 2; Arzt, Strafrecht BT, S. 224.

⁵¹⁶ S. etwa: S/S-Eser, § 239, Rn. 4f; NK-Sonnen, § 239, Rn. 17; BGH, Beschl. v. 21.01.2003 - 4 StR 414/02, NStZ-RR 2003, 168; SK-Horn, § 239, Rn. 5; LK-Träger, § 239, Rn. 1; BGH, Urt. v. 25.02.1993 - 1 StR 652/92, NJW 1993, 1807.

Eine allseitige Fortbewegungseinschränkung liegt demnach erst vor, wenn die Bewohner des Altenheim nicht eigenständig verlassen können, wenn sie etwa fixiert sind oder sie die Tür nicht öffnen können, die einzig aus dem Raum führt.

Allgemein errichtet der Täter ein Hindernis, entweder, indem er ein das Opfer umgebendes Hindernis schließt, oder er eine Verbindung des Opfers zu einem Fixpunkt schafft. Bildlich gesprochen gleicht ein solches Hindernis einem Einsperren oder einem Festbinden.⁵¹⁷ Eine allseitige Fortbewegungseinschränkung ist aber nicht nur durch physische Hindernisse vorstellbar. Auch psychische Hindernisse können diesen Anforderungen genügen.⁵¹⁸ Ein solches psychisches Hindernis schafft der Täter, wenn er durch Täuschung das Opfer zum Verbleib am Aufenthaltsort veranlasst.⁵¹⁹ Hiermit sind freiheitsentziehende Maßnahmen angesprochen, die den Heimbewohnern suggerieren, dass es aus Räumen keine Ausgänge gäbe, etwa Türen, die durch Blumenkübel versteckt werden, oder die gleiche Tapete auf Wand und Tür.⁵²⁰

II. Relative Hindernisse

Darüber hinaus stimmen Rechtsprechung und Lehre darin überein, dass das Hindern der Fortbewegung des Opfers nicht absoluter Natur sein muss.⁵²¹ Es ist für eine Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB ausreichend, wenn der Täter ein Hindernis schafft, dass zwar von einer anderen Person, aber nicht vom Opfer überwunden werden kann. Das Hindernis bestimmt sich individuell an den Fähigkeiten des Opfers. Im Beispiel eines Tricktürschlusses steht es daher einer Freiheitsberaubung nicht entgegen, dass das Pflegepersonal die Tür problemlos durchqueren kann, aber bestimmte Heimbewohner davon aufgehalten werden. Für letztere ist es persönlich ein absolutes Hindernis.

Generell handelt es sich bei jedem Hindernis um ein solches, welches individuell absolut unüberwindbar ist. Ausbrüche Strafgefangener und Entfesselungskünstler zeigen dies, und auch vermeintlich ohne besondere Fähigkeiten geschieht es, so der Fall, wenn sich

⁵¹⁷ Weitere Beispiele dazu: Erstes Kapitel, E., II.

⁵¹⁸ Konsequenz der Mittelunabhängigkeit, vgl. etwa: Fischer, § 239 StGB, Rn. 8; S/S-Eser, § 239, Rn. 6; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 156.

⁵¹⁹ Vgl. SK-Horn, § 239, Rn. 8; LK-Träger, § 239, Rn. 14.

⁵²⁰ Erstes Kapitel, E. I. S. auch: Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 156.

⁵²¹ Vgl. S/S-Eser, § 239, Rn. 5; Gössel/Dölling, BT 1, S. 252; LK-Träger, § 239, Rn. 13; Schumacher, FS für Wessels, 431, 441. Gute Darstellung bereits bei: RG, Urt. v. 10.04.1883 - Strafsenat II 683/83, RGSt 8, 210.

Heimbewohner aus Fixierungen befreien. Eine absolut zwingende Fortbewegungshinderung eines Menschen ist unmöglich. Weil dem so ist, ist es für den Tatbestand der Freiheitsberaubung selbstverständlich erforderlich, das Hindernis im Bezug auf das konkrete Opfer zu bewerten.

Selbst durch Schaffen eines für das konkrete Opfer faktisch überwindbaren Hindernisses kann eine Freiheitsberaubung vorliegen, wenn, so die ganz herrschende Meinung, dem Opfer es nicht zugemutet werden kann, das Hindernis zu überwinden.⁵²² Darin liegt wiederum die Konsequenz dessen, dass von den meisten Hindernissen kein absoluter Zwang ausgeht. Ein Ausweg besteht oftmals darin, Risiken für Leib und Leben auf sich zu nehmen, etwa der Sprung des Opfers aus einem Fenster im oberen Stockwerk. Als eine unzumutbare Hindernisbewältigung gilt jedenfalls diejenige, die Gefahren für Leib und Leben birgt.⁵²³

Dazu ist in manchen Quellen missverständlich beschrieben, dass bloßes Erschweren der Fortbewegung keine Freiheitsberaubung sei.⁵²⁴ Erschweren der Fortbewegung ist jedoch nichts anderes als ein relatives Hindernis. Immer wenn das Opfer das Hindernis überwinden kann, erschwert das Hindernis bloß die Fortbewegung. Erschweren der Fortbewegung ist daher zur Annahme einer Freiheitsberaubung ausreichend, wenn dies ein Fortbewegen unzumutbar macht, also Leib und Leben gefährdet.

Umstritten ist in Rechtsprechung und Lehre, ob auch ein Überwinden eines Hindernisses als unzumutbar gelten kann, wenn es für den Betroffenen keine gesundheitlichen Risiken mit sich bringt.⁵²⁵ Ein Teil der Rechtsprechung und der Lehre bejahen dies.⁵²⁶ Unter Bezugnahme auf eine Formel des Reichsgerichts soll der Ausweg auch dann unzumutbar sein, wenn er „ungewöhnlich, beschwerlich, oder anstößig“⁵²⁷ ist. Relevant wird dies in der Altenpflege bei "untypischen" freiheitsentziehenden Maßnahmen, wie etwa bei der Wegnahme von Straßenkleidung, was regelmäßig von Vormundschaftsrichtern als Freiheitsentziehung qualifiziert wird.⁵²⁸

⁵²² Vgl. etwa: S/S-Eser, § 239, Rn. 5f; SK-Horn, § 239, Rn. 6; LK-Träger, § 239, Rn. 13.

⁵²³ Vgl. etwa: S/S-Eser, § 239, Rn. 6; SK-Horn, § 239, Rn. 6; LK-Träger, § 239, Rn. 13.

⁵²⁴ S. Fischer, § 239 StGB, Rn. 9; NK-Sonnen, § 239, Rn. 18; SK-Horn, § 239, Rn. 5.

⁵²⁵ M.w.N.: S/S-Eser, § 239, Rn. 6.

⁵²⁶ So etwa: NK-Sonnen, § 239, Rn. 19; Gössel/Dölling, BT 1, S. 252f; BGH, Beschl. v. 08.03.2001 - 1 StR 590/00, NStZ 2001, 420; Schumacher, FS für Wessels, 431, 443.

⁵²⁷ RG, Urt. v. 10.04.1883 - Strafsenat II 683/83, RGSt 8, 210.

⁵²⁸ Vgl.: Jürgens, Betreuungsrecht-Marschner, 1906, Rn. 37; Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 78; Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 79.

Eine solche Auslegung im Rahmen des § 239 I StGB ist jedoch nach der hier vertretenen Ansicht abzulehnen und einer restriktiven Auslegung derart zuzustimmen, dass bei der Frage nach der Zumutbarkeit einer Hindernisbewältigung keine anderen Kriterien als die Gefahr für Leib und Leben zu berücksichtigen sind.⁵²⁹ In der mangelnden Praktikabilität der ansonsten entwickelten Kriterien liegt sicherlich ein Grund. "Ungewöhnlich", "beschwerlich" und "anstößig" sind nur sehr vage Maßstäbe. Vor allem aber spricht das Verhältnis zwischen Freiheitsberaubung und Nötigung als gesetzessystematische Überlegung für eine restriktive Auslegung. Beides sind Delikte gegen die persönliche Freiheit des Opfers. Sie setzen das Beugen des Opferwillens als ein Tatbestandsmerkmal voraus. Über diese Gemeinsamkeit hinaus kann einer Feststellung des BGH⁵³⁰ beigeprägt werden, dass § 239 I StGB nicht ein mit schärferer Strafandrohung versehener bloßer Spezialfall der Nötigung ist, sondern § 239 I StGB nur dann vorliegt, wenn eine vollständige Aufhebung der persönlichen Freiheit stattgefunden hat, die den Betroffenen zum Gefangenen oder absolut Unfreien gemacht hat.⁵³¹ Mit anderen Worten geht es darum, dass aufgrund der höheren Strafandrohung der Freiheitsberaubung ihre tatbestandlichen Voraussetzungen gegenüber einer Nötigung die höhere Hürde sein müssen. Freiheitsberaubung ist mehr als die bloße Nötigung des Opfers zum Verbleib am Aufenthaltsort. Dabei sind es nicht die Mittel, die die höhere Strafandrohung der Freiheitsberaubung rechtfertigen, da § 239 I StGB mittelunabhängig ist.⁵³² Was bleibt, um die höhere Strafandrohung zu rechtfertigen, ist die Intensität der Willensbeeinflussung des Opfers. Aus Sicht des Opfers bedeutet dies, dass nur ein geringer Raum dafür bestehen darf, sich gegen das Aufgezwungene zur Wehr zu setzen. Eine Ortsveränderung ist bei einer Freiheitsberaubung weniger eine Abwägung darüber, ob man sich dem Druck des Täters beugt oder eine Sanktion des Täters in Kauf nimmt. Das Wirken des mit einem ungewöhnlichen, beschwerlichen oder anstößigen Ausweg verbundenen Zwanges auf das Opfer ist eben zu gering, als dass es die höhere Strafandrohung einer Freiheitsberaubung gegenüber einer Nötigung erklären könnte. Der Zwang, der bei einer Freiheitsberaubung auf dem Opfer lastet, muss weitaus stärker sein. Nur bei einer für Gefahr für Leib und Leben steht das Opfer unter einem ausreichenden Zwang, um

⁵²⁹ Auch: S/S-Eser, § 239, Rn. 6; Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 144; SK-Horn, § 239, Rn. 6; LK-Träger, § 239, Rn. 13.

⁵³⁰ BGH, Urt. v. 25.02.1993 - 1 StR 652/92, NJW 1993, 1807.

⁵³¹ Vgl. dazu auch Arzt, Strafrecht BT, S. 228.

⁵³² S. etwa: S/S-Eser, § 239, Rn. 6; LK-Träger, § 239, Rn. 14.

Freiheitsberaubung von Nötigung zu unterscheiden, sofern das Hindernis vom Opfer überwunden werden könnte.

Bei Gefahren für Leib und Leben von freiheitsentziehenden Maßnahmen ist nicht nur an die tragischen Todesfälle im Zusammenhang mit Fixierungen zu denken, sondern auch an weit weniger dramatische Geschehen. Fällt etwa der Aufzug in einem Altenheim aus, kann die Benutzung der Treppe für die Bewohner aus den oberen Stockwerken, sofern dies ihre Mobilität überhaupt erlaubt, ein hohes Sturzrisiko bergen. Auch diese Bewohner sind allseitig an einer Fortbewegung gehindert, da ihnen Treppensteigen als eine Gefahr für ihre Gesundheit nicht zuzumuten ist. Abgesehen von solchen mehr oder weniger unvorhersehbaren Geschehnissen werden die meisten freiheitsentziehenden Maßnahmen jedoch für den Betroffenen ein unüberwindbares Hindernis darstellen, die Frage nach einem unzumutbaren Ausweg erübrigt sich dann. Bereits von ihrem Ansatz her entspricht es den meisten freiheitsentziehenden Maßnahmen, ein individuell absolutes Hindernis zu sein, gerade um Gefahren für Leib und Leben der Heimbewohner bei Überbrückungsversuchen zu vermeiden. Fixierungen am Bett werden etwa deshalb regelmäßig mit Bettgittern kombiniert.⁵³³

III. Fazit

Hier wurde eine restriktive Auslegung der allseitigen Fortbewegungshinderung bevorzugt. Generell zeigt sich die so ausgestaltete allseitige Fortbewegungshinderung in der Altenpflege immer noch als eine geringe Hürde zur Annahme einer Freiheitsberaubung. Ein Hindernis im Sinne des § 239 I StGB ist individuell zu beurteilen. Hindernis und eingeschränkte Mobilität vieler Heimbewohner beeinflussen sich: Je geringer die Mobilität des Betroffenen ist,

- desto mehr Hindernisse stellen sich seiner Fortbewegung in den Weg,
- desto eher sind für ihn Hindernisse unüberwindbar,
- desto höher ist das Risiko für ihn, sich zu verletzen, auch wenn er ein Hindernis bewältigen könnte.

Daraus folgt, dass je geringer die Mobilität eines Heimbewohners ist, um so eher kann er von einer allseitigen Fortbewegungshinderung betroffen sein. Heimbewohner und allgemein

alte Menschen, die aufgrund körperlicher und geistiger Gebrechen oftmals in ihrer Mobilität eingeschränkt sind, sind leichter Opfer einer Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB als Personen mit gesundem Bewegungsvermögen.

D. Erheblichkeit der Fortbewegungseinschränkung

Die Prüfung der Erheblichkeit ist die letzte Voraussetzung zur Annahme des Erfolgs der Freiheitsberaubung gemäß § 239 I StGB. Ist eine Heimbewohnerin gegen ihren Willen und allseitig daran gehindert, sich fortzubewegen, kann eine Freiheitsberaubung nur vorliegen, wenn dieser Eingriff erheblich ist. Dies ist in Rechtsprechung und Literatur unbestritten.⁵³⁴ Rechtsprechung und Lehre verweisen dazu insbesondere auf die Dauer des Eingriffes; Freiheitsberaubung setze ein zeitliches Mindestmaß der Behinderung voraus.⁵³⁵ Darüber hinaus vertritt ein Teil der Lehre, dass ein in der allseitigen Hinderung verbleibender Fortbewegungsraum dem Erfolg der Freiheitsberaubung entgegensteht, wenn der Fortbewegungsraum großzügig bemessen ist, wenn etwa Freizeitaktivitäten möglich bleiben.⁵³⁶ Der Zweck der Erheblichkeitsprüfung der Fortbewegungseinschränkung liegt dabei vor allen darin, Freiheitsberaubung stärker gegenüber einer Nötigung abzugrenzen.⁵³⁷

I. Dauer und Intensität des Eingriffs

Zunächst zum Kriterium der Dauer. Ein nur kurzzeitiges Hindern der Fortbewegung des Opfers reicht nicht für eine Freiheitsberaubung aus. Eine genaue zeitliche Grenze aber, mit deren Überschreiten der Eingriff als einer Freiheitsberaubung genügend angesehen wird, konnte sich bisher in Rechtsprechung und Lehre nicht etablieren. Als „Faustformel“ verweisen Rechtsprechung und Lehre auf eine Entscheidung des Reichsgerichts.⁵³⁸ In diesem Urteil orientieren sich die Richter an der Dauer eines "Vater Unsers"; dauerte die Fortbewegungshinderung länger an, so das Gericht, sei damit jedenfalls der Erfolg einer

⁵³³ Pedal, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1996, 180, 183.

⁵³⁴ Vgl. etwa: Fischer, § 239 StGB, Rn. 6; S/S-Eser, § 239, Rn. 4; NK-Sonnen, § 239, Rn. 19; BGH, Beschl. v. 21.01.2003 - 4 StR 414/02, NStZ-RR 2003, 168.

⁵³⁵ Fischer, § 239 StGB, Rn. 6; NK-Sonnen, § 239, Rn. 19; BGH, Beschl. v. 21.01.2003 - 4 StR 414/02, NStZ-RR 2003, 168; LK-Träger, § 239, Rn. 18; Arzt, Strafrecht BT, S. 228.

⁵³⁶ Sack/Denger, MDR 1982, 972.

⁵³⁷ Vgl. auch BGH, Beschl. v. 21.01.2003 - 4 StR 414/02, NStZ-RR 2003, 168; LK-Träger, § 239, Rn. 13; Arzt, Strafrecht BT, S. 228.

⁵³⁸ S. etwa NK-Sonnen, § 239, Rn. 19; LK-Träger, § 239, Rn. 18.

Freiheitsberaubung eingetreten. Demnach kann unter Umständen ein noch kürzer andauernder Eingriff bereits ausreichen, ganz zu schweigen davon, dass ein "Vater Unser" keine genormte Zeitangabe ist, seine Dauer variiert mit der Sprechgeschwindigkeit. Die Mindestdauer einer Freiheitsberaubung ist also nur vage zu bestimmen, in etwa geht es um eine Dauer von eins bis zwei Minuten.⁵³⁹

Ein Teil der Literatur führt die Intensität des Eingriffs an, um einen erhebliche Fortbewegungseinschränkung zu beschreiben.⁵⁴⁰ "Intensität" ist selbst ein ausfüllungsbedürftiger Begriff. Vorstellbar ist, dass die Intensität zusammen mit der Dauer berücksichtigt werden kann. Wird nicht die Mindestdauer eines erheblichen Eingriffs erreicht, so kann ausnahmsweise die Intensität herangezogen werden, um gegebenenfalls dennoch Erheblichkeit festzustellen.⁵⁴¹ Dies ist bereits in der "Vater Unser - Formel" des Reichsgerichts angelegt, nach der eine länger andauernde Fortbewegungshinderung jedenfalls(!) eine Freiheitsberaubung sein soll. Es besteht also bei kürzeren Eingriffen ein Beurteilungsspielraum, unterhalb dessen die Intensität relevant wird.

Nach der hier vertretenen Ansicht bietet sich als ein Kriterium für die "Intensität" einer Fortbewegungshinderung an, ob dazu ein Mittel oder Werkzeug eingesetzt wird, etwa der Täter das Opfer fesselt. Zwar ist eine Freiheitsberaubung aufgrund ihrer Mittelunabhängigkeit auch möglich, wenn der Täter das körperlich unterlegene Opfer nur festhält.⁵⁴² In diesem Fall kann der Eingriff aber schnell beendet sein, wenn der Täter sein Opfer loslässt. Anders ist die Situation, wenn der Täter ein Mittel einsetzt, also etwa sein Opfer fesselt oder im Aufenthaltsraum einschließt. Unter diesen Umständen kann die allseitige Fortbewegungshinderung nicht augenblicklich beendet sein, etwa bei einem Feuersausbruch. In den genannten Beispielen bedarf es dazu nun mehr des Entfesselns oder des Aufschließens der Tür. Auch bleibt die Fortbewegungshinderung bestehen, wenn der Täter den Tatort verlässt. Dies macht Freiheitsberaubung mit Mitteln von vornherein zu einem schwerwiegenderen Eingriff. Dabei zusätzlich auf eine Mindestdauer abzustellen, erscheint unnötig.

⁵³⁹ S. LK-Träger, § 239, Rn. 18. Vgl. auch, eher extensiv (höchstens eine Minute): Gössel/Dölling, BT 1, S. 254. A.A eher restriktiv: "zwei bis drei Minuten werden regelmäßig nicht hinreichen", SK-Horn, § 239, Rn. 3. So auch NK-Sonnen, § 239, Rn. 19. Vgl. auch BGH, Beschl. v. 21.01.2003 - 4 StR 414/02, NStZ-RR 2003, 168.

⁵⁴⁰ Vgl. Küper, Strafrecht Besonderer Teil, S. 144; LK-Träger, § 239, Rn. 18.

⁵⁴¹ S. LK-Träger, § 239, Rn. 18.

⁵⁴² Vgl. auch Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 156.

Dauer und Intensität der Fortbewegungseinschränkung sind demnach in der Regel kein Kriterium, weswegen freiheitsentziehende Maßnahmen als Freiheitsberaubungen jedenfalls aus diesem Grund ausscheiden, anders als etwa im Betreuungsrecht bei § 1906 IV BGB.⁵⁴³ Die meisten freiheitsentziehenden Maßnahmen in Altenpflegeheimen überschreiten das zeitliche Mindestmaß erheblicher Fortbewegungseinschränkungen von eins bis zwei Minuten und sind mithin weitaus länger angelegt und unter Einsatz freiheitsentziehender "Mittel", zum Beispiel ein Bettgitter über Nacht oder die dauerhaft verschlossene Stationstür.⁵⁴⁴ Interessanterweise relativiert hierbei die Erheblichkeit der Fortbewegungseinschränkung weniger das Vorliegen einer Freiheitsberaubung, sondern verdeutlicht diese erst. Dies trifft besonders auf freiheitsentziehende Maßnahmen zu, die faktisch überwindbare Hindernisse sind. Im Beispiel des Tricktürschlosses ist es nicht ausgeschlossen, dass Heimbewohner es mit Mühe schaffen, die Tür zu öffnen. In diesem Fall kann jedoch auf die Dauer abgestellt werden, die sie benötigt haben. Das Tricktürschloss als an sich relatives Hindernis wird damit zeitweise zu einem absoluten Hindernis.

II. Fortbewegungsraum, Freizeit- und Kontaktmöglichkeiten

Weitaus größere Bedeutung könnte hier dem Umstand zukommen, dass ein verbleibender Bewegungsraum die Erheblichkeit einer allseitigen Freiheitsberaubung in Frage stellt. Vergleicht man etwa eine Fixierung mit einer verschlossenen Tür, ist eine Fixierung offensichtlich die intensivere Maßnahme. Einer Fixierung wird man daher eher Erheblichkeit zusprechen. Viele freiheitsentziehende Maßnahmen belassen jedoch den Heimbewohnern einen Fortbewegungsraum innerhalb des Altenheims.⁵⁴⁵ Dies schließt nach ganz herrschender Ansicht eine Freiheitsberaubung gemäß § 239 I StGB jedoch nicht aus,⁵⁴⁶ denn selbst das Verbleiben eines viel weiteren Fortbewegungsraums, etwa das Gelände einer Klinik,⁵⁴⁷ einer Stadt, sogar eines ganzes Staatsgebiets,⁵⁴⁸ sei unerheblich.⁵⁴⁹

⁵⁴³ Vgl. Fünftes Kapitel, B. I. 1. b) bb).

⁵⁴⁴ Weitere Beispiele: Erstes Kapitel, E.

⁵⁴⁵ S. Erstes Kapitel, E., II., 1.

⁵⁴⁶ Vgl. etwa: Gössel/Dölling, BT 1, S. 252; Schumacher, FS für Wessels, 431, 440f. Vgl. aber mögliche Ausnahme: Viertes Kapitel B III 2 und m.w.N: S/S-Eser, § 239, Rn. 6.

⁵⁴⁷ Vgl. m.w.N.: Schumacher, FS für Wessels, 431, 440f.

⁵⁴⁸ SK-Horn, § 239, Rn. 4a.

⁵⁴⁹ Vgl. m.w.N auch Fischer, § 239 StGB, Rn. 2; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 17; Schumacher, FS für Wessels, 431, 440f.

Als Vertreter einer Gegenansicht werden oft *Eser*⁵⁵⁰, *Denger* und *Sack*⁵⁵¹ genannt.⁵⁵² Denger und Sack gebührt dabei die Grundidee, Eser verweist mit Zustimmung auf sie.⁵⁵³ Denger und Sack beziehen sich auf die Unterbringung Jugendlicher in Pflegeheimen. Sie sind der Meinung, dass dies nicht den Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt. Als Begründung führen sie an, dass sich die Jugendlichen innerhalb des Heimgeländes frei entfalten können und ihnen Kontakt zu Personen außerhalb des Heimes durch Besuchsmöglichkeiten und per Telefon verbleibt.

Diesen Gedanken kann man auf Altenpflegeheime übertragen. Demnach wäre es keine Freiheitsberaubung, wenn ein Bewohner am Verlassen des Altenheims gehindert wird, sofern er sich innerhalb des Heimes frei bewegen und Besuch empfangen kann.⁵⁵⁴

Einerseits trifft die Ansicht von Denger und Sack insofern zu, dass eine Unterbringung Jugendlicher nicht zwangsläufig den Tatbestand der Freiheitsberaubung verwirklicht. Anhand des Begriffs "Unterbringung" lässt sich nämlich nur in aller Regel auf das Vorliegen eines Erfolges nach § 239 I StGB schließen. Es sind die Fälle, in denen eine Unterbringung zweifelsfrei mit den Kriterien des § 415 II FamFG übereinstimmt, der formalen Definition einer Unterbringung.⁵⁵⁵ Unterbringung ist andererseits auch die halboffene oder offene Unterbringung. Bei diesen Unterbringungsformen ist die Fortbewegungsfreiheit des Untergebrachten weniger eingeschränkt, wenn überhaupt.⁵⁵⁶ Hier ist im Einzelfall zu entscheiden, ob es sich um eine allseitige Fortbewegungseinschränkung handelt.⁵⁵⁷ Unterbringung impliziert nicht zwangsläufig eine Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB.

Andererseits sind Freizeit- und Kontaktmöglichkeiten der Untergebrachten kein Ausschlussgrund einer Freiheitsberaubung.⁵⁵⁸ Insofern ist Denker und Sack zu widersprechen. Die Mittelunabhängigkeit des § 239 I StGB ist unbestritten. Daher ist alleine der Erfolg der allseitigen Fortbewegungshinderung maßgeblich. Seine Ausgestaltung ändert nichts am

⁵⁵⁰ S/S-Eser, § 239, Rn. 6.

⁵⁵¹ Sack/Denger, MDR 1982, 972.

⁵⁵² Lackner/Kühl, § 239 StGB, Rn. 3; Schumacher, FS für Wessels, 431, 440.

⁵⁵³ S/S-Eser, § 239, Rn. 6.

⁵⁵⁴ Vgl. dazu auch Schumacher, FS für Wessels, 431, 440.

⁵⁵⁵ S. Erstes Kapitel, A., I.

⁵⁵⁶ MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 1 und 8.

⁵⁵⁷ Vgl. auch MünchKommBGB-Wagenitz, § 1800 BGB, Rn. 24.

⁵⁵⁸ So auch MünchKommBGB-Wagenitz, § 1800 BGB, Rn. 25.

Vorliegen des Erfolgs. Freiheitsberaubung schützt über die Fortbewegungsfreiheit hinaus keine weitere Entfaltung des Opfers. Freiheitsberaubung ist daher gleichermaßen in einem Luxushotel wie in einem Kerker denkbar.

Bedeutsam wird die Ausgestaltung der allseitigen Fortbewegungshinderung auf eine andere Weise. Sie hat mittelbar Einfluss auf den Erfolg einer Freiheitsberaubung: Je angenehmer sich die Fortbewegungshinderung für das Opfer zeigt, umso eher wird es in einen Ortsverbleib einwilligen; ohne Zwang liegt keine Freiheitsberaubung mehr vor. So gesehen bleibt es dem Opfer überlassen, die Ausgestaltung der allseitigen Fortbewegungshinderung zu würdigen. Es entspricht der opferbezogenen Ausrichtung des Tatbestandes.

Sich dagegen auf objektive Kriterien für die Ansicht von Denger und Sack zu einigen, dürfte schwierig werden. Es ist fraglich, folgte man der Ansicht von Denger und Sack, wie viel Bewegungsraum und andere Annehmlichkeiten einer Person genügen müssten, damit eine gegen sie gerichtete allseitige Fortbewegungseinschränkung keine Freiheitsberaubung wäre. In Anbetracht dessen ist es vorzugswürdig, den Betroffenen selbst entscheiden zu lassen, indem er in die Fortbewegungseinschränkung einwilligt, wenn die verbleibenden Freiheiten ihm genügen.

Der Begründung Dengers und Sacks ist daher nicht zu folgen, allerdings auch nicht der herrschenden Meinung, die die Ansicht von Denger und Sack gänzlich ablehnt. Es muss stärker differenziert werden.

Unterbringung bedeutet nicht zwangsläufig eine tatbestandliche Freiheitsberaubung. Der Grund dafür liegt in der Weite des Begriffs der Unterbringung, nicht jedoch in der Weite des verbleibenden Bewegungsraumes des Untergebrachten. Bewegungsraum und Freizeitmöglichkeiten sind keine Kriterien, um an der Erheblichkeit einer allseitigen Fortbewegungshinderung zu zweifeln. Sie können aber Anreiz für den Betroffenen sein, der Fortbewegungseinschränkung zuzustimmen.

III. Fazit

Im Hinblick auf freiheitsentziehende Maßnahmen ist die Erheblichkeit einer allseitigen Freiheitseinschränkung nach § 239 I StGB eine geringe Hürde. Sie ist viel unproblematischer, als es im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten zu erwarten wäre: So

liegen etwa die zeitlichen Mindestanforderungen an einmalige freiheitsentziehende Maßnahmen im Sinne des § 1906 IV BGB deutlich höher, dort bedarf es zumindest 24 Stunden oder längerer allseitiger Fortbewegungseinschränkung.⁵⁵⁹ Dem gegenüber sind die ein bis zwei Minuten der Vater Unser - Formel im Strafrecht ein kurz andauernde, fast schon unwesentliche Zeit.

Erheblichkeit im Sinne des § 239 I StGB sollte generell so verstanden werden, dass der Eingriff einer Freiheitsberaubung über den einer Nötigung hinausgeht, in dem Maße, wie es ihrem höheren Strafraum entspricht. Freiheitsentziehende Maßnahmen erfüllen solche Anforderungen regelmäßig. Sie dauern meist länger als ein bis zwei Minuten an, und sie geschehen meist durch Mittel wie Fixiergurte oder verschlossene Türen, die nicht augenblicklich aufgehoben werden können, etwa in einem Notfall, wenn ein Feuer im Heim ausbricht.

Zusammenfassend ist eine Heimbewohnerin im Sinne des § 239 I StGB allseitig an einer Fortbewegung gehindert, wenn es ihr zumindest unzumutbar gemacht wird, dass sie selbstständig das Pflegeheim verlassen kann. Erst recht genügt es, wenn sie das ihr entgegengebrachte Hindernis tatsächlich nicht überwinden kann; die Frage der Zumutbarkeit entfällt in diesem Fall. Die Mittel zum Bereiten des Hindernisses sind gleichgültig, ebenso wie ein ihr verbleibender Bewegungsraum innerhalb des Heims.

E. Zusammenfassung

Der Tatbestand der Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB ist im Wesentlichen von seinem Erfolg geprägt, d.h. einer erzwungenen erheblichen allseitigen Fortbewegungshinderung des Opfers. Die Merkmale Fortbewegungshinderung und Erheblichkeit verwirklichen die Pflegenden meist, wenn sie eine freiheitsentziehende Maßnahme an einem Heimbewohner vornehmen. Gebrechlichkeit und eingeschränkte Mobilität, von denen viele Heimbewohner betroffen sind, sind dabei für den Tatbestand der Freiheitsberaubung ein Paradoxon: Sie können hinsichtlich der Opfertauglichkeit zum Ausschluss des Heimbewohners aus dem Schutzbereich des Tatbestandes bzw. dazu führen, dass nur eine Freiheitsberaubung durch Unterlassen möglich bleibt. Eine eingeschränkte Mobilität des Heimbewohners führt andererseits hinsichtlich des Erfolgs der Freiheitsberaubung

⁵⁵⁹ S. Fünftes Kapitel, B., I., 1., b).

dazu, dass dieser eher und häufiger eintritt. Die allseitige Fortbewegungseinschränkung bestimmt sich individuell nach den Fähigkeiten des Betroffenen. Hindernisse, die Menschen mit einem gesunden Bewegungsvermögen problemlos überbrücken, können unüberwindbar werden. Meist sind freiheitsentziehende Maßnahmen solch individuell absolute Hindernisse. Aber auch wenn ein Ausweg aus einer allseitigen Fortbewegungseinschränkung möglich ist, kommt eine Freiheitsberaubung in Betracht. Hierbei ist jedoch eine restriktive Auslegung geboten: Ein Ausweg ist nur unzumutbar, wenn er eine Gefahr für Leib und Leben darstellt, ein Ausweg hingegen, der bloß beschwerlich, ungewöhnlich oder anstößig ist, genügt nicht zur Verwirklichung des § 239 I StGB. Dies folgt aus dem Verhältnis zwischen Freiheitsberaubung und einer Nötigung gemäß § 240 I StGB.

Freiheitsentziehende Maßnahmen verwirklichen leicht den Erfolg der Freiheitsberaubung, die Pflegenden können sich dennoch leicht davor schützen, Täter einer Freiheitsberaubung zu sein: Der Erfolg tritt nur bei Zwang ein. Stimmt die Heimbewohnerin zu, liegt kein Zwang vor und damit keine Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB. Mittelbar werden hier Gründe freiheitsentziehender Maßnahmen, etwa eine Sturzprophylaxe, auch im Tatbestand der Freiheitsberaubung relevant: Sie verschaffen dem Betroffenen den Anreiz, der Maßnahme zuzustimmen. Ebenso verhält es sich mit der Ausgestaltung der Fortbewegungseinschränkung, einem verbleibenden Bewegungsraum, Freizeit- oder anderen gesellschaftlichen Möglichkeiten innerhalb des Pflegeheims.

An ein tatbestandsausschließendes Einverständnis sind keine qualifizierten Anforderungen zu stellen, nur auf den Erfolg, auf die allseitige Fortbewegungseinschränkung, muss sich das Einverständnis beziehen. Dem können auch generelle Einverständnisformulare genügen. Der Versuch jedoch, das Risiko einer Strafbarkeit des Personals bei Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen durch formularartige Einverständniserklärungen auszuschließen, ist nicht tauglich. Ein Einverständnis in eine Fortbewegungsbeschränkung ist nicht bindend, der Heimbewohner kann dies jederzeit widerrufen, nonverbal und formlos, indem er sich gegen den Eingriff auflehnt. Deshalb besteht keine Sicherheit für das Pflegepersonal, die Verwirklichung des Tatbestands der Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB zu verhindern. Dies trifft erst recht auf solche Umstände zu, in denen niemals ein Einverständnis in freiheitsentziehende Maßnahmen vorlag. Das Pflegepersonal wird deshalb in vielen Fällen nicht umhin kommen, sich der Rechtfertigung einer tatbestandlichen Freiheitsberaubung zu stellen. Dies ist das Thema des folgenden Kapitels.

Fünftes Kapitel: Rechtfertigung freiheitsentziehender Maßnahmen

Verwirklicht die Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen den Tatbestand der Freiheitsberaubung, bleibt die Rechtfertigung, um eine Bestrafung abzuwenden. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang auf zwei Vorschriften hingewiesen. Die Literatur aus dem Bereich Pflege und Geriatrie führt § 34 StGB an.⁵⁶⁰ Einige Stimmen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur nennen darüber hinaus § 1906 IV BGB als möglichen Rechtfertigungsgrund.⁵⁶¹ In diesen Quellen wird dabei überwiegend auf sehr pauschale Art und Weise das Handeln des Pflegepersonals nach einer der beiden Vorschriften als gerechtfertigt und damit straflos angesehen. Dies überrascht, denn die Materie erweist sich als sehr komplex. Es wird im Folgenden aufgezeigt, welche rechtlichen und zum Teil pflegewissenschaftlichen Umstände dabei bedacht werden müssen. Einer Rechtfertigung nach § 34 StGB stehen demnach nahezu unüberwindbare Hürden entgegen. Eine Rechtfertigung nach § 1906 IV BGB erweist sich ferner nicht als die einzige betreuungsrechtliche Vorschrift, die hier relevant werden kann. Zunächst wird jedoch auf ein Urteil des BGH⁵⁶² eingegangen. Diese Entscheidung ist ebenso wie die Entscheidung des BayObLG⁵⁶³, die Gegenstand des Zweiten Kapitels war, von herausragender Bedeutung für die Frage der Strafbarkeit freiheitsentziehender Maßnahmen. Die Entscheidung des BGH macht deutlich, dass, anders als zu erwarten wäre, die Rechtfertigung einer tatbestandlichen freiheitsentziehenden Maßnahme nicht vordergründig auf eine Güterabwägung zwischen dem Schutz von Gesundheit und Leben der Heimbewohner einerseits und den Eingriff in deren Fortbewegungsfreiheit andererseits hinausläuft.

⁵⁶⁰ Kreuels, Die Fixierung von A-Z, Ein Stationsleitfaden, S. 12; Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 79; Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 32; Güthling, Freiheitsentziehende Maßnahmen im Betreuungsrecht, S. 10; Schumacher, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 49f; Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 49f; Steffen, Arztrecht 1994, 179, 86; Gastiger, NDV 1989, 83; Polenz, Altenheim 1987, 27, 29.

⁵⁶¹ Insbesondere: Schumacher, FS für Wessels, 431, 446ff. § 1906 IV BGB wird darüber hinaus auch explizit genannt in: LK-Träger, § 239, Rn. 24. Vgl. auch: Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 69. Andere Quellen nennen nur die zivilrechtliche Unterbringung nach § 1906 I BGB, was im Grunde hier keinen Unterschied macht: Fischer, § 239 StGB, Rn. 12; NK-Sonnen, § 239, Rn. 21; SK-Horn, § 239, Rn. 12; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 158; Arzt, Strafrecht BT, S. 27. Schumacher lehnt im Ergebnis sogar § 1906 IV BGB ab. Er hält die Norm für verfassungswidrig, weil sie unanwendbar für Betreute sei, die bereits nach § 1906 I BGB untergebracht sind (Schumacher, FS für Wessels, 431, 447; Schumacher, FamRZ 1991, 280, 281f.). Die ganz herrschende Meinung ist aber dazu übergegangen, auch auf bereits Unterbrachte § 1906 IV anzuwenden und die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift deshalb nicht weiter anzuzweifeln: m.w.N. HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 46ff.

⁵⁶² BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197.

⁵⁶³ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

A. Das eigentliche Problem anhand BGHSt 13,197

Zur Frage der Rechtswidrigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen erging im Jahr 1959 ein überaus interessantes Urteil des 1. Strafsenats des BGH.⁵⁶⁴ In diesem Fall kümmerten sich die beiden Angeklagten, Sohn und Schwiegertochter, um die Mutter des Sohnes. Die Mutter war psychisch krank, sie litt an einer paranoiden halluzinatorischen Schizophrenie. In ihrem Wahn irrte sie des Öfteren orientierungslos halb bekleidet umher und glaubte, vom Teufel besessen zu sein. Auch hatte sie die Gewohnheit, erhebliche Mengen an (Weih-)Wasser über den Fußboden ihres Wohnraumes zu schütten. Gegen diese Gewohnheiten der Mutter schritten Sohn und Schwiegertochter ein. Sie sperrten die Mutter unter Anwendung von Zwang regelmäßig in ein Zimmer ein. Dies geschah über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren.

Unstrittig verwirklichten Schwiegertochter und Sohn gemeinschaftlich den Tatbestand der schweren Freiheitsberaubung nach § 239 II StGB a.F.⁵⁶⁵. Für das Gericht stellte sich aber die Frage, ob das Handeln möglicherweise gerechtfertigt war. Schließlich schützten die Angeklagten die Mutter vor Gefahren, in die sie sich in ihren Verwirrungszuständen begab.

Im Ergebnis sah das Gericht das Einsperren der Mutter als gerechtfertigt an. Es sprach deshalb Sohn und Schwiegertochter vom Vorwurf der Freiheitsberaubung frei.⁵⁶⁶ Überraschend ist dabei die Begründung. Die auf den ersten Blick umständliche Argumentation erweist sich jedoch auf den zweiten Blick als unumgänglich und verdeutlicht das eigentliche Problem der Rechtfertigung einer nach § 239 I StGB tatbestandlichen freiheitsentziehenden Maßnahme. Das Problem ist dabei dasselbe, ganz gleich, ob es sich, wie in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall, um häusliche Pflege⁵⁶⁷ handelt, oder ob es Maßnahmen in einem Altenpflegeheim betrifft.

⁵⁶⁴ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197.

⁵⁶⁵ Die Vorschrift wurde 1998 durch das 6. StrRG neu gefasst.

⁵⁶⁶ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 202.

⁵⁶⁷ Zur Legitimität freiheitsentziehender Maßnahmen außerhalb von Einrichtungen im Sinne des §1906 IV BGB: m.w.N. Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 22f; Schumacher, FamRZ 1991, 280, 282.

Zu erwarten gewesen wäre, dass sich das Gericht vor allem mit einer Rechtfertigung wegen Notstandes⁵⁶⁸ auseinandergesetzt hätte.⁵⁶⁹ Es drängt sich hier eine klassische Güterabwägung auf: In ihren Verwirrungszuständen bestanden für die Mutter Gefahren für Leib und Leben. Davor schützten sie Sohn und Schwiegertochter. Ihr Eingreifen führte jedoch dazu, dass die Mutter die Möglichkeit verlor, selbstständig über ihren Aufenthaltsort zu bestimmen. Sie büßte einen Teil ihrer Autonomie ein. Der BGH ließ in seiner Argumentation keinen Zweifel daran, dass er bei einer solchen Gegenüberstellung davon ausgehen würde, dass das Gewonnene, der Schutz von Gesundheit und Leben der Mutter, das Verlorene, ihre Autonomie, überwiegen würde.⁵⁷⁰ Auch bekräftigte der BGH, dass das Einsperren der Mutter zweckmäßig und notwendig war.⁵⁷¹ Der BGH bejahte damit der Sache nach alle Voraussetzungen eines Notstands. Es wäre ein Leichtes gewesen, Notstand anzunehmen. Dennoch ging der BGH einen anderen Weg. Er zog Notstand nur hilfsweise heran. Bezeichnend ist auch, dass der betreffende Abschnitt der Urteilsbegründung in der Veröffentlichung des Urteils in der amtlichen Sammlung fehlt.⁵⁷²

Was den 1. Strafsenat hier an einer Rechtfertigung zögern ließ und woraus die Vorinstanz andere Schlüsse zog, ist die folgende Überlegung: Die Angeklagten haben es über zwei Jahre lang unterlassen, das Einsperren der Mutter zu legalisieren.⁵⁷³ Das damalige Recht bot dazu die Möglichkeit.⁵⁷⁴ Schwiegertochter oder Sohn hätten eine Vormundschaft für die Mutter beim zuständigen Amtsgericht beantragen können. Dies wäre vom zuständigen Vormundschaftsrichter zu prüfen und bei Vorliegen aller Voraussetzungen zu beschließen

⁵⁶⁸ Im Zeitpunkt des Urteils stand eine Normierung des rechtfertigenden Notstands im StGB noch aus. Rechtfertigender Notstand war zu dieser Zeit aber unbestritten gewohnheitsrechtlich in einer Form anerkannt, die mit dem heutigen § 34 StGB vergleichbar ist, s.: Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 359; Wolfslast, Juristische Methoden der Güterabwägung, in: Güterabwägung in der Medizin, S. 73; Grebing, GA 1979, 81, 82. Zur Entstehungsgeschichte des § 34 StGB auch: LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. vor1.

⁵⁶⁹ S. dazu auch die Urteilsanmerkung zu BGHSt 13, 197 bei: Sax, JZ 1959, 778, 779. Vgl. auch LK-Träger, § 239, Rn. 25.

⁵⁷⁰ S. BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 199 und 202. Heute entschiede man wohl anders (vgl. etwa Payk, Freiheit und Zwang in der Psychiatrie, in: Ethik in der Medizin, S. 195.). Es mag unter Umständen geboten sein, die Autonomie eines Geisteskranken hinter dem Schutz seiner Gesundheit und seines Lebens zurücktreten zulassen (vgl. insbesondere BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277.). Dies muss aber gut begründet werden, spätestens seit das BVerfG Anfang der 1980`er deutlich machte, dass psychisch Kranken eine "Freiheit zur Krankheit" verbleibt, daher Zwang gegen sie nur in engen Grenzen legitim ist (BVerfG, Urt. v. 07.10.1981 - 2 BvR 1194/80, BVerfGE 58 (in Auszügen auch in: NJW 1982, 691ff), 208.).

⁵⁷¹ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 201.

⁵⁷² Vgl. dazu die von der amtlichen Sammlung abweichende Veröffentlichung des Urteils in: JZ 1959, 778.

⁵⁷³ Vgl. BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 199 und 201. Vgl. dazu auch Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 747.

⁵⁷⁴ Vgl. etwa Helle, FamRZ 1984, 639; BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 312ff.

gewesen. Damit wäre die Mutter entmündigt gewesen. Der eingesetzte Vormund hätte Kraft seines Aufenthaltsbestimmungsrechts dem Einsperren der Mutter zustimmen können;⁵⁷⁵ zum damaligen Zeitpunkt war es noch herrschende Ansicht, dass ein nichtamtlicher Vormund dazu keiner richterlichen Genehmigung bedurfte.⁵⁷⁶ Dies, so der BGH, ist "der übliche vom Gesetz vorgeschriebene Weg"⁵⁷⁷. Dem jedoch entzogen sich die Angeklagten. Weder hatte ein Vormundschaftsrichter über die Mündigkeit der Mutter entschieden noch den Pflegenden die Vormundschaft für die Mutter übertragen. Beides maßen sie sich an. Sie unterwanderten das Vormundschaftsrecht, indem sie die Freiheitsentziehung der Mutter im Privaten beließen. Dies war für den 1. Strafsenat das eigentlich Prekäre an dem Fall. Ob das Einsperren der Mutter dagegen die Gefahren für ihre Gesundheit und ihr Leben überwog, wurde hingegen bloß als rechtlicher Nebenschauplatz behandelt.

Demnach war die zentrale Problematik für den BGH diejenige, ob für die Angeklagten die Pflicht bestand, das Vormundschaftsgericht einzuschalten. Bestand diese Pflicht, war konsequenterweise eine Rechtfertigung aus anderen Gründen ausgeschlossen.

Der BGH entschied sich gegen eine Pflicht der Angeklagten, das Vormundschaftsgericht einzuschalten.⁵⁷⁸ Es beurteile sich ausschließlich nach strafrechtlichen Grundsätzen, wenn eine Einzelperson eine andere Einzelperson einschließe.⁵⁷⁹ Er begründete dies mit einem Umkehrschluss aus Art. 104 GG: Unter der Annahme, dass Art. 104 GG nur die öffentliche Gewalt verpflichte, müsse auch nur die öffentliche Gewalt sich dessen Rechtsfolgen fügen. Demnach treffe nur sie die Pflicht, das Einsperren einer Person unter den Voraussetzungen des Art. 104 GG von einem Richter genehmigen zu lassen. Eine Privatperson treffe diese Pflicht nicht.⁵⁸⁰

Der Weg für eine anderweitige Rechtfertigung war damit frei. Ein schaler Beigeschmack bleibt dennoch. Der 1. Strafsenat betonte nämlich, dass die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts grundsätzlich eine Möglichkeit gewesen wäre, um das Einsperren

⁵⁷⁵ Neumann, NJW 1982, 2588, 2590.

⁵⁷⁶ Entscheidend dazu: BGH, Beschl. v. 30.03.1955 - IV ZB 23/55, BGHZ 17, 108. Eine Abkehr davon kam erst mit BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302.

⁵⁷⁷ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 199. Vgl. allgemein dazu auch Gropp, MedR 1994, 127, 133; Gastiger, NDV 1989, 83, 84ff; Sack/Denger, MDR 1982, 972, 974.

⁵⁷⁸ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 201.

⁵⁷⁹ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 199.

⁵⁸⁰ S. BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 198f.

der Mutter zu rechtfertigen.⁵⁸¹ Dass dies hier nicht geschah, sei nur ausnahmsweise rechtlich zu billigen.⁵⁸² Den Grund für diese Ausnahme sah der Senat zugleich als Rechtfertigungsgrund an: Es handele sich hier um "Akte familiärer Fürsorge"⁵⁸³.⁵⁸⁴ Bei solchen Pflegemaßnahmen gelte "die Subsidiarität staatlichen Eingreifens in Angelegenheiten der Familie"⁵⁸⁵, und es dürfe nicht die "familiäre Selbsthilfe [...] ihres sittlichen Eigenwertes berauben"⁵⁸⁶. Zusammenfassend bezeichnet die Lehre den Rechtfertigungsgrund später als "Familienpflege"⁵⁸⁷.⁵⁸⁸ Familienpflege ist seither ein etablierter Rechtfertigungsgrund.⁵⁸⁹

In einem Altenpflegeheim scheidet Familienpflege als Rechtfertigungsgrund jedoch aus. Das Pflegepersonal wendet die freiheitsentziehenden Maßnahmen in einer privatwirtschaftlichen Institution an. Für sie kann der Umstand einer familiären und häuslichen Pflege nicht vorgebracht werden. Es ist vielmehr die zentrale Problematik dieses Urteils des BGH, die sich auf die Situation in einem Altenheim übertragen lässt. Das Urteil verrückt den Fokus der Frage, wie eine freiheitsentziehende Maßnahme gerechtfertigt sein kann, die den Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt. Glaubt man danach zu entscheiden, ob das Pflegepersonal zugunsten von Gesundheit und Leben der Heimbewohnerin handelt, so scheint dieser Aspekt der Fürsorge nicht ausschlaggebend zu sein. Wichtiger dagegen erscheint es, ob das Pflegepersonal freiheitsentziehende Maßnahmen in Einklang mit formalen Legitimationen vornimmt. Die mögliche formale Legitimation war im Fall des BGH von 1959 das Vormundschaftsrecht. Das Vormundschaftsrecht existiert heute nicht mehr. An seine Stelle trat 1992 das Betreuungsrecht.⁵⁹⁰ Wie sich das heutige Betreuungsrecht auf die

⁵⁸¹ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 199.

⁵⁸² BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 200f.

⁵⁸³ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 201.

⁵⁸⁴ Damit greifen die Richter ausgerechnet das Argument auf, aus dem sie zuvor ausdrücklich keine Berechtigung zum Einsperren der Mutter sahen: BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, vgl. S. 199 gegenüber S. 201f.

⁵⁸⁵ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 202.

⁵⁸⁶ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 201f.

⁵⁸⁷ Fischer, § 239 StGB, Rn. 12; Lackner/Kühl, § 239 StGB, Rn. 7.

⁵⁸⁸ Synonym dazu wird der Begriff "familiäre Selbsthilfe" gebraucht, etwa bei: LK-Träger, § 239, Rn. 25.

⁵⁸⁹ S. auch S/S-Eser, § 239, Rn. 8; SK-Horn, § 239, Rn. 12; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 158; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 32; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 328. Kritisch dazu: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 747f; NK-Sonnen, § 239, Rn. 22; LK-Träger, § 239, Rn. 25; Arzt, Strafrecht BT, S. 229. Ablehnend: Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 98. *Gastiger* geht dabei aber fälschlicherweise davon aus, dass nach BVerfGE 10, 302 Art. 104 GG unmittelbar auf Freiheitsentziehungen Privater anzuwenden ist (vgl. hierzu auch Erstes Kapitel, B. III.).

⁵⁹⁰ Grundlegende zur Reform des Vormundschaftsrechts hin zum Betreuungsrecht m.w.N.: Schwab, FamRZ 1990, 681.

Rechtfertigung einer freiheitsentziehenden Maßnahme auswirkt, ist Gegenstand der weiteren Untersuchung.

B. Betreuungsrecht als Rechtfertigungsgrund

Ob ein Handeln, das dem Tatbestand eines Strafgesetzes entspricht, rechtswidrig ist, bestimmt sich nicht nur nach den Rechtfertigungsgründen des StGB. Strafrechtlich kann sich eine Rechtfertigung auch auf Erlaubnissätze aus anderen Rechtsgebieten erstrecken.⁵⁹¹ Es ist eine Konsequenz aus der Einheit der Rechtsordnung, dass ein Verhalten, das in einem anderen Rechtsgebiet erlaubt ist, nicht im Strafrecht rechtswidrig sein kann.⁵⁹² Es verwundert daher nicht, wenn etwa § 1906 IV BGB als ein im Strafrecht geltender Rechtfertigungsgrund angeführt wird.⁵⁹³

I. Genehmigung nach § 1906 IV BGB

Aus Sicht eines Strafrechtlers mag diese Vorschrift auf den ersten Blick ein wenig exotisch anmuten, denn Strafrecht und Betreuungsrecht haben nur wenige Schnittpunkte. § 1906 IV BGB ist einer davon.⁵⁹⁴ Hintergrund und Voraussetzungen der Vorschrift werden deshalb im Folgenden kurz dargestellt. Es zeigt sich dabei, dass die Bedeutung angezweifelt werden kann, die der Vorschrift als Rechtfertigungsgrund beigemessen ist.

1. Gesetzgeberischer Hintergrund

Die Normierung des § 1906 IV BGB gilt als eine der bedeutendsten Neuerungen des Betreuungsrechts, das im Jahr 1992 in Kraft trat und das bis dahin geltende

⁵⁹¹ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 601.

⁵⁹² Vgl. m.w.N: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 613ff. So auch Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 96.

⁵⁹³ Insbesondere: Schumacher, FS für Wessels, 431, 446ff. § 1906 IV BGB wird darüber hinaus auch explizit genannt in: LK-Träger, § 239, Rn. 24. Vgl. auch: Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 69. Andere Quellen nennen nur die zivilrechtliche Unterbringung nach § 1906 I BGB, was im Grunde hier keinen Unterschied macht: Fischer, § 239 StGB, Rn. 12; NK-Sonnen, § 239, Rn. 21; SK-Horn, § 239, Rn. 12; Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, S. 158; Arzt, Strafrecht BT, S. 27.

⁵⁹⁴ Wenn von § 1906 IV BGB als einer betreuungsrechtlichen Vorschrift die Rede ist, so handelt es sich natürlich dennoch um eine zivilrechtliche Vorschrift. Das Betreuungsrecht ist zivilrechtlich ausgestaltet, es ist vielfach ein Teil des Zivilrechts, vgl. dazu auch Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 3ff.

Vormundschaftsrecht ablöste.⁵⁹⁵ Geradezu revolutionär ist dabei, dass erstmals unter den Voraussetzungen des § 1906 IV BGB freiheitsentziehende Maßnahmen in Altenpflegeheimen einer richterlichen Genehmigung bedürfen.⁵⁹⁶ Dies war eine gesetzgeberische Entscheidung von auch erheblichem quantitativem Umfang, bedenkt man, dass damals in nahezu jedem Altenpflegeheim freiheitsentziehende Maßnahmen angewendet wurden.⁵⁹⁷ Auslöser dieser gesetzlichen Neuerung war eine seit Ende der 1980er Jahre gängige Rechtspraxis deutscher Amtsgerichte.⁵⁹⁸ Die Richter stellten Fixierungen, Bettgitter und andere freiheitsentziehende Maßnahmen der formalen Unterbringung gleich. Eine formale Unterbringung stand bereits vor der Reform des Vormundschaftsrechts unter Richtervorbehalt.⁵⁹⁹ Die Gleichstellung war ein Weg, auch die freiheitsentziehenden Maßnahmen einer gerichtlichen Genehmigung zuzuführen. Die Richter argumentierten dabei, dass die freiheitsentziehenden Maßnahmen ebenso wie die Unterbringung als Freiheitsentzug im Sinne des Art. 104 GG anzusehen seien.⁶⁰⁰ Unter der Annahme, dass ein Vormund als öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 104 GG auftritt,⁶⁰¹ musste daher auch seine Entscheidung für freiheitsentziehende Maßnahmen unter Richtervorbehalt stehen.⁶⁰²

2. Voraussetzungen

§ 1906 IV BGB knüpft an den Schutzgedanken freiheitsentziehender Maßnahmen an. Grundvoraussetzung der Erlaubnis ist, dass die freiheitsentziehende Maßnahme zum Wohl des Betroffenen geschieht, insbesondere nach § 1906 IV i.V.m. § 1906 I Nr.1 BGB, wenn sich der Betroffene andernfalls einen erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt.⁶⁰³ Dies zu beurteilen liegt in der Hand des Vormundschaftsgerichts. Darüber beschließt das Vormundschaftsgericht jedoch nur, und das sind die weiteren Voraussetzungen des

⁵⁹⁵ Vgl. Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 19ff; Dodegge, MDR 1992, 437; Holzhauser, FuR 1992, 249; Schwab, FamRZ 1990, 681, 687.

⁵⁹⁶ Schwab, FamRZ 1990, 681. S. auch Palandt-Diederichsen, § 1906 BGB, Rn. 17ff; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 251; Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 69; Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 71ff.

⁵⁹⁷ Vgl. Pardey, FamRZ 1995, 713, 714; Holzhauser, FuR 1992, 249, 249.

⁵⁹⁸ AmtsG Frankfurt/M, Beschl. v. 26.08.1988 - 40 VIII B 27574, FamRZ 1988, 1209; AmtsG Recklinghausen, Beschl. v. 31.03.1987 - C VIII 721, FamRZ 1988, 653. Speziell zum AmtsG Frankfurt/Main vgl. auch: Holzhauser, FuR 1992, 249, 250ff. S. auch Polenz, Altenheim 1987, 27.

⁵⁹⁹ Holzhauser, FuR 1992, 249.

⁶⁰⁰ AmtsG Frankfurt/M, Beschl. v. 26.08.1988 - 40 VIII B 27574, FamRZ 1988, 1209, 1210.

⁶⁰¹ So erstmals: BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 327.

⁶⁰² S. auch dazu Holzhauser, FuR 1992, 249.

§ 1906 IV BGB, wenn die Maßnahme bei einem Betreuten für längere Zeit andauert oder regelmäßig erfolgt, und wenn das sogenannte Finalitätserfordernis erfüllt ist.⁶⁰⁴ Die Vorschrift bezieht sich dabei nur auf freiheitsentziehende Maßnahmen in Einrichtungen, wie etwa in Altenpflegeheimen, nicht jedoch auf die häusliche Pflege.⁶⁰⁵

a) Betreuungsverhältnis oder Vollmacht

Nur an betreuten Heimbewohnern können freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1906 IV BGB legitimiert werden. Dabei muss es sich um ein Betreuungsverhältnis handeln, bei dem die Anordnung freiheitsentziehender Maßnahmen gemäß § 1896 II BGB zu den Aufgaben zählt, zu denen der Betreuer vom Vormundschaftsgericht bestellt wurde.⁶⁰⁶ Eine gewichtige Ausnahme dabei besteht nach § 1906 V BGB.⁶⁰⁷ Einer entsprechenden Betreuung steht demnach eine Vollmacht gleich. Der Betroffene muss schriftlich und ausdrücklich eine andere Person bevollmächtigt haben, ihm gegenüber in freiheitsentziehende Maßnahmen einzuwilligen.⁶⁰⁸ Dies kann etwa im Wege einer Vorsorgevollmacht oder einer Patientenverfügung geschehen.⁶⁰⁹

b) Zeitliche Erheblichkeit

Weiterhin erfasst § 1906 IV BGB nur solche freiheitsentziehenden Maßnahmen, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken oder regelmäßig erfolgen. Darüber, was als ein längerer Zeitraum anzusehen ist, zeichnet sich in Rechtsprechung und Literatur noch keine einheitliche Auffassung ab. Die Angaben weisen erhebliche Differenzen auf:

⁶⁰³ Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 251; Wigge, MedR 1996, 291, 292; Dodegge, MDR 1992, 437, 439. Darüber hinaus wird die Anwendung auch im Drittinteresse angeregt: Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 86; Pardey, FamRZ 1995, 713.

⁶⁰⁴ Vgl. auch die Übersicht m.w.N. bei: Walther, BtPrax 2005, 214.

⁶⁰⁵ Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 72; Schwab, FamRZ 1990, 681, 687. Kritisch dazu: Schumacher, FamRZ 1991, 280, 282. Weite Auslegung etwa bei Pflege durch ambulante Dienste in eigener Wohnung: HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 44.

⁶⁰⁶ Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 26; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 248. Vgl. aber auch Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 12ff.

⁶⁰⁷ Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 27ff; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 231.

⁶⁰⁸ HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 59b; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 231.

⁶⁰⁹ Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 231. Vgl. auch MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 41.

Enge Ansichten knüpfen an § 128 StPO an.⁶¹⁰ Ein längerer Zeitraum läge demnach vor, wenn die Maßnahme nicht spätestens am nächsten Tag wieder beendet wird. Damit ist immerhin ein Zeitraum von fast 48 Stunden denkbar, nach dem erst ein "längerer" Zeitraum vorläge.⁶¹¹

Weite Ansichten sprechen sich für die Annahme eines längeren Zeitraums ab drei Tagen aus;⁶¹² noch darüber hinausgehend wird in Anlehnung an § 239 III Nr.1 StGB erst ab einer Woche ein längerer Zeitraum als gegeben erachtet.⁶¹³ Insgesamt ist dabei die Tendenz zu erkennen, über die bloße Dauer auch die Intensität der freiheitsentziehenden Maßnahme zu beachten.⁶¹⁴ Ein wesentliches nach unten Korrigieren der zeitlichen Grenze für den längeren Zeitraum deutet sich damit nicht an, wie die jüngste Rechtsprechung erkennen lässt.⁶¹⁵ Demnach soll für einen längeren Zeitraum im Sinne des § 1906 IV BGB nicht ausreichen, wenn ein Heimbewohner über mehrere Stunden hinweg der wohl intensivsten aller freiheitsentziehenden Maßnahmen ausgesetzt ist, einer Fixierung des ganzen Körpers mit Gurten an Händen, Füßen, Bauch und Brust.

Es bleibt abzuwarten, ob sich in der Rechtsdogmatik in Zukunft das Merkmal des längeren Zeitraums vereinheitlicht; noch ist es stark einzelfallabhängig und unterliegt vor allem den Gewohnheiten der jeweiligen Vormundschaftsgerichte.⁶¹⁶ Von dieser Rechtsunsicherheit sind vor allem freiheitsentziehende Maßnahmen in Kliniken betroffen, etwa bei Fixierungen von Patienten mit postoperativem Syndrom,⁶¹⁷ einer vorübergehenden Funktionsstörung des Gehirns, die sich nach einer Operation beim Patienten durch Desorientierung und andere Bewusstseins Einschränkungen bemerkbar macht. Hier handelt es sich in der Regel um kurzfristige Maßnahmen, das postoperative Syndrom hält etwa einen bis drei Tage an,⁶¹⁸ die zudem nicht regelmäßig ergriffen werden, so dass auch nicht auf die alternative

⁶¹⁰ Jürgens, Betreuungsrecht-Marschner, 1906, Rn. 40; Walther, BtPrax 2005, 214, 215. Unter Umständen wird ausnahmsweise sogar der Zeitraum einer Nacht als ausreichend erachtet: Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 250.

⁶¹¹ Vgl. dazu auch HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 48. Nach Rink kann ein längerer Zeitraum "etwas länger als die [...] Zwei-Tages-Frist [...] sein".

⁶¹² Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 79; Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 74.

⁶¹³ M.w.N. Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 75.

⁶¹⁴ Vgl. Jürgens, Betreuungsrecht-Marschner, 1906, Rn. 40; Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 75.

⁶¹⁵ S. OLG Frankfurt, NJW-RR 2007, 1019.

⁶¹⁶ S. dazu auch Walther, BtPrax 2005, 214.

⁶¹⁷ Strätling, MedR 2001, 385, 393. Vgl. auch zu freiheitsentziehenden Maßnahmen in Krankenhäusern: Schumacher, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 205ff.

Voraussetzung des längeren Zeitraums der regelmäßigen freiheitsentziehenden Maßnahme zurückgegriffen werden kann. Anders dagegen ist die Situation in Altenpflegeheimen. Hier ist es gerade bei üblich, dass, wenn freiheitsentziehende Maßnahmen angewendet werden, sie regelmäßig erfolgen.⁶¹⁹ Dies deckt sich unproblematisch mit dem Begriff "regelmäßig" im Sinne des § 1906 IV BGB. Darunter versteht man unbestritten solche Maßnahmen, die stets zur gleichen Zeit oder aus gleichem Anlass erfolgen.⁶²⁰ Dies trifft etwa zu, wenn Heimbewohner von freiheitsentziehenden Maßnahmen immer täglich mittags oder nachts betroffen sind,⁶²¹ aber auch dann, wenn die Maßnahmen keinem bestimmten Tagesrhythmus unterliegen, sondern durch eine immer wiederkehrende Gefahr gekennzeichnet sind, wie die Gefahr aus dem Bett zu fallen⁶²², oder durch nächtliches Umherirren⁶²³.

c) Finalitätserfordernis

Weitere Voraussetzung des § 1906 IV BGB ist das sogenannte Finalitätserfordernis. Dieses Merkmal geht zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift hervor, seine Erforderlichkeit ist jedoch unbestritten.⁶²⁴ Nach dem Finalitätserfordernis sollen grundsätzlich nur Maßnahmen von § 1906 IV BGB erfasst sein, die primär darauf abzielen, den Betroffenen am Verlassen eines bestimmten Ortes zu hindern, aber auch Maßnahmen, die der Erleichterung der Pflege dienen oder die generell dazu führen, Ruhe in der Einrichtung herzustellen.⁶²⁵ Deshalb liegt es außerhalb der Anwendung der Vorschrift, wenn die Fortbewegungseinschränkung eines Heimbewohners bloßer Nebeneffekt ist. Relevant ist dies bei der Gabe von Arzneimitteln.⁶²⁶ Insbesondere bei Psychopharmaka kann beim Patienten die Einschränkung der Bewegungsfreiheit als eine Nebenwirkung auftreten. Dies unterfiele § 1906 IV BGB, wenn es nicht das Finalitätserfordernis gäbe. Arzneimittel bleiben daher im Regelfall bei der Anwendung des § 1906 IV BGB außen vor.⁶²⁷ Dies spiegelt sich auch in der Statistik wider: Nur etwa drei Prozent aller gerichtlichen Verfahren nach § 1906 IV BGB

⁶¹⁸ Vgl. Schumacher, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 208ff.

⁶¹⁹ S. etwa Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 4f. S. auch Erstes Kapitel, E. III.

⁶²⁰ Jürgens, Betreuungsrecht-Marschner, 1906, Rn. 40; MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 41.

⁶²¹ Walther, BtPrax 2005, 214, 215; MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 41.

⁶²² Walther, BtPrax 2005, 214, 215.

⁶²³ Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 81.

⁶²⁴ Vgl. MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 40; Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 81; Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 73; Dodegge, MDR 1992, 437, 438.

⁶²⁵ S. Jürgens, Betreuungsrecht-Marschner, 1906, Rn. 39.

⁶²⁶ Vgl. Walther, BtPrax 2005, 214, 216; MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 40. Allgemein zur Arzneimittelgabe an Betreute: Schreiber, FamRZ 1991, 1014.

⁶²⁷ S. auch Jürgens, Betreuungsrecht-Marschner, 1906, Rn. 39.

betreffen die Vergabe von Arzneimitteln⁶²⁸, obwohl sie in der Altenpflege sehr verbreitet sind.⁶²⁹

3. Bedeutung als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund

§ 1906 IV BGB ist ein im Strafrecht geltender Rechtfertigungsgrund.⁶³⁰ Wenn ein Vormundschaftsrichter die freiheitsentziehende Maßnahme genehmigt, kann das Pflegepersonal deswegen nicht wegen Freiheitsberaubung strafbar sein. Dies folgt aus der Einheit der Rechtsordnung. Das Personal handelt dann gerechtfertigt. Dies gilt selbst dann, wenn der Vormundschaftsrichter sich bei seinem Beschluss irrte, die Voraussetzungen für die Genehmigung nach § 1906 IV BGB also nicht vorlagen.⁶³¹ § 1906 IV BGB bedeutet für das Pflegepersonal daher eine hohe Rechtssicherheit bei der Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen.

Zu denken wäre demnach daran, dass sich das Pflegepersonal immer mit einer richterlichen Genehmigung im Sinne des § 1906 IV BGB rückversichert, wenn freiheitsentziehende Maßnahmen angewendet werden. Dies ist jedoch unmöglich. Zunächst kann nicht jede freiheitsentziehende Maßnahme in einem Altenpflegeheim durch § 1906 IV BGB legitimiert werden.⁶³² Die aufgezeigten Voraussetzungen des § 1906 IV BGB beschränken dessen Anwendungsbereich. Insbesondere bezieht sich § 1906 IV BGB nur auf die Heimbewohner, die in einem rechtlichen Betreuungsverhältnis nach § 1896 BGB stehen. Selbst wenn darüber hinaus der Anwendungsbereich einschlägig wäre, bestünde für das Pflegepersonal eine unüberwindbare Hürde: Es kann nicht selbst beim Vormundschaftsgericht die Genehmigung der freiheitsentziehenden Maßnahme einholen und damit deren Legitimation herbeiführen.⁶³³

⁶²⁸ Pantel/Weber/Bockenheimer-Lucius, et al., Psychopharmaka im Altenpflegeheim, 2005, S. 232.

⁶²⁹ Vgl. Pantel/Weber/Bockenheimer-Lucius, et al., Psychopharmaka im Altenpflegeheim, 2005; Walther, BtPrax 2005, 214, 216; Stoppe, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1999, 153.
Vgl. auch Erstes Kapitel, E.III.

⁶³⁰ LK-Träger, § 239, Rn. 24; Schumacher, FS für Wessels, 431, 446.

⁶³¹ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 788ff; MünchKommStGB-Wieck-Noodt, § 239 StGB, Rn. 33; LK-Träger, § 239, Rn. 20; Arzt, Strafrecht BT, S. 229.

⁶³² S. auch HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 48; Stolz, FamRZ 1993, 642, 645; BT-Dr.11/4528-Anlage3, S. 229.

⁶³³ Ausnahme theoretisch möglich gemäß §§ 1908i I, 1846 BGB. S. dazu Fünftes Kapitel, B. II. 2. b) bb).

Dazu ist es nicht befugt.⁶³⁴ Dies steht nur dem Betreuer der betroffenen Heimbewohnerin zu.⁶³⁵ Die Macht des Betreuers ist dabei sehr weitreichend. Wenn der Betreuer freiheitsentziehende Maßnahmen ablehnt, kann sich das Vormundschaftsgericht grundsätzlich nicht über diese Entscheidung hinwegsetzen.⁶³⁶ Das Vormundschaftsgericht hat nur eine Kontrollfunktion.⁶³⁷ Aus Sicht des Pflegepersonals ist daher der Nutzen des § 1906 IV BGB als Rechtfertigungsgrund einer tatbestandlichen Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahme erheblich eingeschränkt.

II. Zustimmung nach § 1902 BGB

§ 1906 IV BGB erfordert zwingend die Zustimmung des Betreuers des betroffenen Heimbewohners. Seine herausragende Position führt zu der folgenden Überlegung: Allein dass der Betreuer einer freiheitsentziehenden Maßnahme zustimmt, könnte sie bereits legitimieren. Ein Verfahren nach § 1906 IV BGB wäre demnach entbehrlich. Die Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung könnte also bereits das Pflegepersonal nur durch Rücksprache mit dem Betreuer erreichen.

1. Vertretungsmacht des Betreuers

Die Überlegung knüpft an das Wesen einer Betreuung im Sinne des § 1896 BGB als ein rechtliches Vertretungsverhältnis an.⁶³⁸

a) Grundlegendes zur Vertretungsmacht

Nach § 1902 BGB ist der Betreuer in seinem Aufgabenbereich der gesetzliche Vertreter des Betreuten.⁶³⁹ Allgemein folgt nach § 164 I BGB aus einem Vertretungsverhältnis, dass der

⁶³⁴ Insofern ist die Gleichstellung von zivilrechtlicher Unterbringung nach § 1906 I BGB und freiheitsentziehenden Maßnahmen nach § 1906 IV BGB im Betreuungsrecht wenig praxisorientiert. Entgegen der Unterbringung beruhen freiheitsentziehende Maßnahmen nämlich im Regelfall nicht auf der Initiative des Betreuers. Freiheitsentziehende Maßnahmen gehen im Regelfall auf die Initiative des Pflgeteams der Einrichtung zurück, in der der Betreute wohnt. Den Pflegenden sollte daher die Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht offen stehen. Vgl. dazu auch Holzhauser, FuR 1992, 249, 258.

⁶³⁵ HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 31ff; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 243.

⁶³⁶ Walther, BtPrax 2005, 214, 217; BT-Dr.11/4528, S. 67. Vgl. auch LG Köln, Beschl. v. 27.04.1992 - 1 T 117/92, FamRZ 1993, 110.

⁶³⁷ LG Köln, Beschl. v. 27.04.1992 - 1 T 117/92, FamRZ 1993, 110. M.w.N.: Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 159 und S.172.

⁶³⁸ Vgl. dazu etwa Gernhuber, Familienrecht, S. 972ff.

⁶³⁹ Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 212; Schwab, FamRZ 1990, 681, 683f.

Vertreter den Vertretenen gegenüber Dritten wirksam verpflichten kann.⁶⁴⁰ Vertreter ist hier der Betreuer, Vertretener ist der Heimbewohner und Dritter ist das Pflegepersonal. Es fragt sich, ob es auch als ein solcher Vertretungsakt anzusehen ist, wenn ein Betreuer dem Pflegepersonal gegenüber einer freiheitsentziehenden Maßnahme an seinem Betreuten zustimmt

Zunächst deutet vieles darauf hin. Bei Vertretung ist zwischen einem Innen- und einem Außenverhältnis zu unterscheiden.⁶⁴¹ Die Vertretung nach § 1902 BGB beschreibt das Außenverhältnis.⁶⁴² Das ist hier die Beziehung zwischen Betreutem und Betreuer einerseits und Dritter, hier dem Pflegepersonal des Altenheims, andererseits. Die Beziehung zwischen Betreutem und Betreuer ist das Innenverhältnis.⁶⁴³

Wichtig ist, dass sich das Innenverhältnis grundsätzlich nicht auf das Außenverhältnis auswirkt.⁶⁴⁴ Die Vertretungsmacht des Betreuers bleibt in diesen Fällen bei Verletzungen des Innenverhältnisses bestehen.⁶⁴⁵ Eine Verletzung des Innenverhältnisses ist es etwa, gegen den Willen des Betreuten zu handeln.⁶⁴⁶ Erfasst sind generell alle Rechtsvorschriften, die das Verhältnis zwischen Betreuer und Betreutem regeln.

Eine solche Regelung im Innenverhältnis ist § 1906 IV BGB. Der Vormundschaftsrichter kontrolliert das Ausüben der Vertretung des Betreuers bei Entscheidungen, die für den Betreuten besonders erheblich sind.⁶⁴⁷ Damit wird aber nicht die Vertretungsmacht des Betreuers durchbrochen, gegenüber dem Pflegepersonal einer freiheitsentziehenden Maßnahme gemäß § 1902 BGB zuzustimmen.⁶⁴⁸

⁶⁴⁰ Schwab, FamRZ 1990, 681, 683. Vgl. auch Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 182ff.

⁶⁴¹ Gernhuber, Familienrecht, S. 972.

⁶⁴² Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 212.

⁶⁴³ Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 212.

⁶⁴⁴ Sehr treffend nach Lipp: "Die Vertretungsmacht des Betreuers nach außen ist gegenüber dem Innenverhältnis rechtlich verselbständigt; sie ist abstrakt" (Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 184.).

⁶⁴⁵ Vgl. auch Gernhuber, Familienrecht, S. 972; Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 133.

⁶⁴⁶ Gernhuber, Familienrecht, S. 972.

⁶⁴⁷ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 159; BT-Dr.11/4528, S. 70. Darüber hinaus: Geht man davon aus, dass das Verhältnis zwischen Betreuer und Betreuten öffentlichrechtlicher Natur ist, ist hier eine weitere Funktion des Vormundschaftsgerichts, dass es die Durchsetzung(!) der Vertretungsmacht, hier die Vornahme von freiheitsentziehenden Maßnahmen, legitimiert (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277, 1280; Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 158ff.).

⁶⁴⁸ Vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 193.

Die erste Einschränkung der Vertretungsmacht des Betreuers ist direkt dem § 1902 BGB zu entnehmen. Es geht um den Aufgabenbereich. Der Betreuer kann den Betreuten nur vertreten, wenn die Angelegenheit zu seinem Aufgabenbereich zählt.⁶⁴⁹ Dies ist neu im Betreuungsrecht. Eine Betreuung impliziert nun nicht mehr, dass der Betreuer den Betreuten in allen Angelegenheiten vertreten kann,⁶⁵⁰ wie es noch die Entmündigung im Vormundsrecht vorsah.⁶⁵¹ Im Betreuungsrecht dagegen muss der Vormundschaftsrichter, wenn er einen Betreuer bestellt, dessen Aufgabenbereich bestimmen. Freiheitsentziehende Maßnahmen müssen dabei explizit genannt werden.⁶⁵² Nur so ist der Betreuer mit der Vertretungsmacht ausgestattet, über freiheitsentziehende Maßnahmen zu entscheiden.

b) Vertretungsmacht bei Personensorge

Freiheitsentziehende Maßnahmen sind keine gewöhnlichen Rechtsgeschäfte. Bewegungsfreiheit ist kein vermögenswertes Recht. Es geht um einen Eingriff in die Persönlichkeit des Betroffenen. Solche Bereiche der Betreuung bezeichnet man als Personensorge.⁶⁵³ Die Vertretung des Betreuers nach § 1902 BGB kann, wie auch aus den dem § 1902 BGB folgenden Vorschriften hervorgeht, alle Lebenslagen betreffen, entsprechend der jeweiligen Aufgabenzuteilung.⁶⁵⁴ Vertretung ist also prinzipiell sowohl bei der Vermögenssorge als auch bei der Personensorge möglich.⁶⁵⁵ Bei der Personensorge besteht dabei eine Besonderheit. Die Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis einer Vertretung ist hier zum Teil durchbrochen. Die Vertretung steht unter einem generellen Vorbehalt. Sie ist nur möglich, wenn der Betreute einwilligungsunfähig ist.⁶⁵⁶ Ist dies nicht der Fall, entscheidet der Betreute. Seine Willenserklärung hat Vorrang. Der Betreute kann, sofern er einwilligungsfähig ist,⁶⁵⁷ nicht gegen seinen Willen vertreten werden.⁶⁵⁸ Bei der

⁶⁴⁹ Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 212; Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 12. Siehe auch darüber hinaus: Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 181.

⁶⁵⁰ Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 196ff.

⁶⁵¹ Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 127f; Schwab, FamRZ 1990, 681, 682.

⁶⁵² Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 26; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 198 und S. 248. Weiter dagegen: Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 12ff.

⁶⁵³ S. Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 197; Mayer, Medizinische Maßnahmen an Betreuten aus zivilrechtlicher Sicht, S. 18; BT-Dr.11/4528, S. 70.

⁶⁵⁴ Etwa § 1904 BGB "ärztliche Maßnahmen", § 1905 BGB "Sterilisation". S. auch BT-Dr.11/4528, S. 70ff.

⁶⁵⁵ S. auch m.w.N.: Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 161ff.

⁶⁵⁶ Gernhuber, Familienrecht, S. 973; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 213; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 164; Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1320.

⁶⁵⁷ Einwilligungsfähigkeit und Willensfähigkeit sind zu unterscheiden. Auch Personen, die einwilligungsunfähig sind, können Willens sein; einen solchen Willen bezeichnet man als natürlichen Willen. Vgl. dazu auch BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277.

Personensorge tritt also die Vertretungsmacht des Betreuers hinter der Autonomie des Betreuten zurück. Obwohl dies nicht ausdrücklich in den betreuungsrechtlichen Vorschriften normiert ist, bestehen darüber keine Zweifel. Ein entsprechender gesetzgeberischer Wille kann den Gesetzgebungsmaterialien zum Betreuungsrecht entnommen werden.⁶⁵⁹ Danach bezieht sich der Gesetzgeber auf Rechtsprechung und Lehre zum ärztlichen Heileingriff,⁶⁶⁰ er überträgt daraus das Prinzip der Patientenautonomie in das Betreuungsrecht: Die Bevormundung Volljähriger im persönlichen Bereich ist zu vermeiden.⁶⁶¹ Eine Vertretung hält der Gesetzgeber deshalb bei der Personensorge nur für möglich, wenn der Betreute einwilligungsunfähig ist.⁶⁶² Ist dies der Fall, so betont der Gesetzgeber, muss eine Vertretung möglich sein, um die Teilhabe des Betreuten an Angelegenheiten der Personensorge zu sichern, etwa einer ärztlichen Versorgung.⁶⁶³

2. Bedeutung als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund

Es wurde bisher festgestellt: Freiheitsentziehende Maßnahmen sind Teil der Personensorge. Eine Einwilligung des Betreuers in die Vertretung des Betreuten nach § 1902 BGB ist deshalb nur verbindlich, wenn der Betreute einwilligungsunfähig ist, und wenn darüber hinaus freiheitsentziehende Maßnahmen ausdrücklich zum Aufgabenbereich gehören, zu dem der Betreuer bestellt wurde.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, handelt das Pflegepersonal bei der Anwendung von freiheitsentziehenden Maßnahmen betreuungsrechtlich legitim. Strafrechtlich gesehen rechtfertigt so die Zustimmung des Betreuers zugleich das Handeln, sollte die freiheitsentziehende Maßnahme den Tatbestand der Freiheitsberaubung verwirklichen. § 1902 BGB wird zum strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund. Dies folgt, wie auch bei § 1906 IV BGB, aus der Einheit der Rechtsordnung.⁶⁶⁴

⁶⁵⁸ Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 139; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 167; Wolfslast, Juristische Aspekte der Diagnose und Therapie psychischer Störungen, in: Psychiatrie, S. 847, 848.

⁶⁵⁹ BT-Dr.11/4528, S. 71.

⁶⁶⁰ Vgl. dazu m.w.N. Pawlowski, JZ 2003, 66; Rönnau, Jura 2002, 665; Schmidt/Wolfslast, DMW 2002, 634; Schünemann, VersR 1981, 306.

⁶⁶¹ BT-Dr.11/4528, S. 71.

⁶⁶² BT-Dr.11/4528, S. 71.

⁶⁶³ BT-Dr.11/4528, S. 72.

⁶⁶⁴ Vgl. Fünftes Kapitel B. I. c).

Dieser Weg ist für das Pflegepersonal gegenüber § 1906 IV BGB von Vorteil. Maßgeblich ist nur die Abrede mit dem Betreuer. Mehr bedarf es nicht. Weder das Wohl des betreuten Heimbewohners, eine richterliche Genehmigung, noch andere Voraussetzungen des § 1906 IV BGB müssen beachtet werden.⁶⁶⁵ Bei einer Vertretung im Sinne des § 1902 BGB trägt alleine der Betreuer die Verantwortung im Umgang mit dem Betreuten. Im Innenverhältnis, also zwischen Betreuer und Betreuten, kann dies durchaus Konsequenzen haben: Pflichtverletzungen können zu Schadensansprüchen nach §§ 1833, 1908i BGB führen, und der Betreute kann die Absetzung des Betreuers nach § 1908 d I BGB beantragen.⁶⁶⁶ Das Pflegepersonal aber, das zum so genannten Außenverhältnis zählt, muss dagegen keine Sanktionen fürchten.⁶⁶⁷ Überhaupt ist es nach Betreuungsrecht dem Pflegepersonal grundsätzlich nur durch eine Rücksprache mit dem Betreuer möglich freiheitsentziehende Maßnahmen zu legitimieren, da es, wie oben ausgeführt, sie nicht selbst beim Vormundschaftsgericht nach § 1906 IV genehmigen lassen kann.⁶⁶⁸

Ein Strafbarkeitsrisiko für das Pflegepersonal entsteht erst, wenn die Vertretungsmacht des Betreuers unsicher ist oder aus anderen Gründen an der betreuungsrechtlichen Legitimität der Maßnahme zu zweifeln ist. Zweifel über den Betreuerstatus lassen sich für das Pflegepersonal noch leicht ausräumen. Üblicherweise meldet ein Betreuer seinen Status per Betreuerausweis bei der Heimleitung an.⁶⁶⁹ Wirklich problematisch kann sein, ob der Betreute tatsächlich einwilligungsunfähig ist, denn nur unter dieser Voraussetzung kann er bei der Zustimmung in freiheitsentziehende Maßnahmen vertreten werden. Alleine das Bestehen einer Betreuung mag zwar ein starkes Indiz dafür sein, noch dazu wenn freiheitsentziehende Maßnahmen zu dem Aufgabenkreis des Betreuers gemäß § 1896 II BGB zählen.⁶⁷⁰ Die Betreuerbestellung setzt nach § 1896 BGB gerade voraus, dass dem Betroffenen grundsätzlich die Einwilligungsfähigkeit fehlt. Bewiesen, und schon gar für jeden kommenden Einzelfall, ist das damit aber nicht.⁶⁷¹ Es bleibt also dem Pflegepersonal die Aufgabe, die Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen bei jedem Eingriff erneut zu prüfen. Ideal ist es dabei für das Pflegepersonal, wenn Betreuer und Betreuter der freiheitsentziehenden Maßnahme

⁶⁶⁵ Vgl. auch Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1320.

⁶⁶⁶ Gernhuber, Familienrecht, S. 972; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 184.

⁶⁶⁷ S. Gernhuber, Familienrecht, S. 972; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 180. Vgl. auch BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277, 1280.

⁶⁶⁸ Vgl. Fünftes Kapitel, B. 2.

⁶⁶⁹ Vgl. dazu Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 182.

⁶⁷⁰ Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 137.

⁶⁷¹ So die ganz herrschende Ansicht. Vgl. m.w.N. Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 137ff. A.A. einzig: Ermann-Holzhauser, § 1904 BGB, Rn. 2ff.

zustimmen können. Ein Eingriff ist so in jedem Fall legitim:⁶⁷² Ist der Betreute einwilligungsfähig, entfällt der Tatbestand der Freiheitsberaubung;⁶⁷³ ist der Betreute einwilligungsunfähig, rechtfertigt die somit wirksame Vertretung durch den Betreuer das Handeln des Pflegepersonals. Kann sich der Betreute allerdings nicht äußern, oder besteht ein Dissens, trägt das Pflegepersonal das Risiko, einen einwilligungsfähigen Betreuten zu übergehen.⁶⁷⁴ Betreuungsrecht kann in diesem Fall nicht legitimieren. Es überwiegt hierbei die dem Betreuten verbleibende Autonomie der Rechtssicherheit einer Vertretungsmacht.

III. Fazit

Betreuungsrecht ist relevant, wenn eine Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB durch freiheitsentziehende Maßnahmen zu rechtfertigen ist. In diesem Zusammenhang weist Schumacher auf § 1906 IV BGB hin.⁶⁷⁵ Zweifellos rechtfertigt gemäß § 1906 IV BGB die Genehmigung einer freiheitsentziehenden Maßnahme durch einen Richter eine tatbestandliche Freiheitsberaubung.⁶⁷⁶ In erster Linie ist hier aber an § 1902 BGB zu denken. Dies folgt aus der Systematik des Betreuungsrechts:⁶⁷⁷ Die richterliche Genehmigung nach § 1906 IV BGB ergeht immer in Verbindung mit einer Zustimmung des Betreuers in wirksamer Vertretung nach § 1902 BGB. Der Richter hat dabei nur eine Kontrollfunktion. Bereits die Zustimmung des Betreuers gegenüber dem Pflegepersonal nach § 1902 BGB legitimiert den Eingriff. Damit ist auch aus strafrechtlicher Sicht eine mögliche Freiheitsberaubung gerechtfertigt. Vor allem ist es dem Pflegepersonal so möglich, selbst für die Legitimierung seines Handelns sorgen zu können. Dem Pflegepersonal ist es nämlich grundsätzlich verwehrt, eine freiheitsentziehende Maßnahme durch das Vormundschaftsgericht genehmigen zu lassen.⁶⁷⁸

Die Bedeutung des Betreuungsrechts relativiert sich in diesem Zusammenhang mit dessen Anwendungsbereich. Nur ein Teil aller freiheitsentziehenden Maßnahmen in Altenpflegeheimen ist überhaupt dem Betreuungsrecht zugänglich: Voraussetzungen sind, dass der Heimbewohner überhaupt in einem Betreuungsverhältnis nach § 1896 BGB steht, dass freiheitsentziehende Maßnahmen zu dem Aufgabenkreis seines Betreuers zählen, und

⁶⁷² S. Pawlowski, JZ 2003, 66, 71; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 189f.

⁶⁷³ S. Viertes Kapitel, B. I.

⁶⁷⁴ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 190.

⁶⁷⁵ Schumacher, FS für Wessels, 431, 446. Dem schließt sich u.a. an: LK-Träger, § 239, Rn. 24.

⁶⁷⁶ Fünftes Kapitel, B. I. 1. c).

⁶⁷⁷ Fünftes Kapitel, B. I. 2.

⁶⁷⁸ Fünftes Kapitel, B. I. 2. und 3.

vor allem, dass im konkreten Fall der Heimbewohner einwilligungsunfähig ist. Dies gilt für § 1902 BGB ebenso wie für § 1906 IV BGB.

C. Vorrang einer Rechtfertigung nach dem Betreuungsrecht

Freiheitsentziehende Maßnahmen können durch das Betreuungsrecht legitimiert sein. Dies haben die Ausführungen zuvor gezeigt. Es gibt jedoch auch die allgemeinen Rechtfertigungsgründe des StGB. Insbesondere ist hier § 34 StGB zu nennen. Für das Pflegepersonal scheinen sich also mehrere Wege aufzutun, wie eine mögliche Freiheitsberaubung gerechtfertigt sein kann.

I. Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen

Rechtfertigungsgründe sind grundsätzlich nebeneinander anwendbar, eine Rechtfertigung kann sich also zugleich auf mehrere Normen stützen.⁶⁷⁹ Von diesem Grundsatz haben sich jedoch auch Ausnahmen etabliert.⁶⁸⁰ In diesen Fällen bleibt eine Rechtfertigung nur unter den Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes möglich. Dies trifft etwa auf das Verhältnis von behördlichen Genehmigungen im Umweltrecht gegenüber § 34 StGB zu,⁶⁸¹ auch bei § 218a II, III StGB gegenüber § 34 StGB;⁶⁸² in beiden Fällen ist § 34 StGB unanwendbar.⁶⁸³ Allgemein bezeichnet man dies als Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen.⁶⁸⁴ Es handelt sich dabei um eine noch nicht allzu weit verbreitete, jedoch stetig zunehmende Entwicklung in der Rechtsdogmatik.⁶⁸⁵ Ihr Anliegen ist dabei Folgendes: Rechtfertigungsgründe sind unterschiedlich speziell. Die speziellen Vorschriften rechtfertigen Handeln unter anderen, meist engeren Voraussetzungen. Kein Problem besteht, wenn ein Handeln nach der speziellsten Vorschrift gerechtfertigt ist. Es erübrigt sich dann, ob noch weitere

⁶⁷⁹ LK-Rönnau, Vor § 32, Rn. 78; Gropengießer, Jura 2000, 262, 263; Warda, FS für Maurach, 143, 147.

⁶⁸⁰ S. insbesondere die Übersicht bei: Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 22f. Vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32, Rn. 78; LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 82. Kritisch dazu: Peters, GA 1981, 450.

⁶⁸¹ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 816; Thiel, Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 244ff; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 369.

⁶⁸² LK-Rönnau, Vor § 32, Rn. 78.

⁶⁸³ Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 364. Weitere Fälle bei: Gropengießer, Jura 2000, 262; Warda, FS für Maurach, 143, 145ff. Umstritten ist etwa das Verhältnis zwischen § 32 StGB und § 34 StGB, sowie §§ 227, 904 BGB.

⁶⁸⁴ LK-Rönnau, Vor § 32, Rn. 78; Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen; Warda, FS für Maurach, 143.

⁶⁸⁵ S. auch Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 619ff; Gropengießer, Jura 2000, 262.

Rechtfertigungsgründe greifen.⁶⁸⁶ Problematisch ist es, wenn der spezielle Rechtfertigungsgrund nicht verwirklicht wurde, der Sachverhalt jedoch dieser Vorschrift zuzuordnen ist. Griffe man in diesem Fall auf allgemeine Rechtfertigungsgründe zurück, verlören spezielle Vorschriften ihre Relevanz, da ihre Voraussetzungen immer durch Anwendung anderer Rechtfertigungsgründe umgangen werden können. Spezielle Rechtfertigungsgründe wären überflüssig. Der Wille des Gesetzgebers, den er mit diesen Vorschriften verbindet, wäre ausgehebelt.⁶⁸⁷ Daher ist es richtig, dass in besonderen Situationen Rechtfertigungsgründe zueinander in Konkurrenz stehen und die Anwendung allgemeiner Rechtfertigungsgründe damit verwehrt ist.⁶⁸⁸

II. Betreuungsrecht und Rechtfertigungsgründe des StGB

Eine solche besondere Situation entsteht auch bei freiheitsentziehenden Maßnahmen in Altenheimen. Der Gesetzgeber hat mit dem Betreuungsrecht Verfahren geschaffen, um Eingriffe unter anderem gegenüber Heimbewohnern zu legitimieren. Dabei kommt vor allem dem Betreuer eine große Bedeutung zu.⁶⁸⁹ Vergleichbares findet sich bei den allgemeinen Rechtfertigungsgründen des StGB nicht. Das Betreuungsrecht ist hier sachnäher und detaillierter. Der Gesetzgeber hat mit der Stellung des Betreuers eine Entscheidung getroffen, die bei der Wertung der allgemeinen Rechtfertigungsgründe des StGB nicht außer Acht gelassen werden darf. Es entsteht eine Konkurrenz. Eine Rechtfertigung freiheitsentziehender Maßnahmen ist nur im Sinne des Betreuungsrechts möglich. Konsequenterweise ist es in diesen Fällen, allgemeine Rechtfertigungsgründe gänzlich wegen des spezielleren Betreuungsrechts abzulehnen. Das Betreuungsrecht hat ihnen gegenüber eine Sperrwirkung. Im folgenden ist zu untersuchen, wie weit diese Sperrwirkung reicht.

⁶⁸⁶ Warda, FS für Maurach, 143, 150f.

⁶⁸⁷ LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 82; Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 60 und S.75. Vgl. auch Grebing, GA 1979, 81, 99.

⁶⁸⁸ Zu denselben Ergebnissen wird man auch nach Roxin gelangen. Er schließt zwar nicht die Anwendung allgemeiner Rechtfertigungsgründe grundsätzlich aus, sondern seiner Ansicht nach konkretisieren die speziellen Notwehrrechte bloß den Wertungsrahmen des § 34 StGB, s. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 621. Kritisch gegenüber Roxins Ansatz: Thiel, Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 213.

⁶⁸⁹ S. BT-Dr.11/4528, S. 67ff. Vgl. auch Stolz, FamRZ 1993, 642, 643.

1. Sperrwirkung nur bei betreuten Heimbewohnern

Diese Sperrwirkung ist jedoch begrenzt. Nur für einen Teil der freiheitsentziehenden Maßnahmen in Altenheimen bleiben allgemeine Rechtfertigungsgründe verwehrt. Dies geht bereits aus den Gesetzgebungsmaterialien zum Betreuungsrecht hervor: "Für [...] Maßnahmen gegenüber Nichtbetreuten lässt der Entwurf also die geltende Rechtslage unberührt, wonach solche Maßnahmen nur zulässig sind, wenn der Betroffene einwilligt oder ein anderer Rechtfertigungsgrund vorliegt"⁶⁹⁰. In anderen Worten können freiheitsentziehende Maßnahmen gegenüber Heimbewohnern, die nicht unter rechtlicher Betreuung stehen, weiterhin nach den allgemeinen Rechtfertigungsgründen des StGB legitim sein. Das Konkurrenzproblem stellt sich hier nicht. Konkurrenz besteht nur dort, wo es der Sachlage entspricht, auf mehr als einen Rechtfertigungsgrund zurückzugreifen. Für Nichtbetreute ist Betreuungsrecht nicht anwendbar, dessen Regelungen können also nicht unterlaufen werden. Es besteht also keine generelle Sperrwirkung von betreuungsrechtlichen Vorschriften bei freiheitsentziehenden Maßnahmen gegen Heimbewohner.

2. Einschränkung der Sperrwirkung

Betrachtet man die Sperrwirkung des Betreuungsrechts bei betreuten Heimbewohnern eingehender, so ist auch sie zu relativieren. Dies ist auf die allgemeine Lehre zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen zurückzuführen. Demnach kann es aus teleologischen Gründen geboten sein, die Sperrwirkung der Sonderregeln zu brechen und ausnahmsweise doch Rechtfertigungsgründe des StGB einzubeziehen.⁶⁹¹ Die Sperrwirkung hat unter Umständen nur grundsätzlichen Charakter; es kommt zu Ausnahmen. Es handelt sich dabei um Situationen, in denen ein Bestehen auf der Sperrwirkung Ziel und Zweck der spezielleren Regelungen verfehlen würde. Typisch dafür sind Notlagen oder Sachverhalte, die der Gesetzgeber bei der Sonderregelung übersehen hat.⁶⁹²

a) Problem: Betreuer ist nicht erreichbar

Der Betreuer ist befugt, über freiheitsentziehende Maßnahmen zu entscheiden, wenn der betreute Heimbewohner selbst einwilligungsunfähig ist. So sieht es das Betreuungsrecht

⁶⁹⁰ Bt-Dr.11/4528, S.229.

⁶⁹¹ Thiel, Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 195ff; Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 36ff; Warda, FS für Maurach, 143, 158ff und 170.

vor.⁶⁹³ Fraglich ist dabei, wie das Pflegepersonal verfahren kann, solange eine Rücksprache mit dem Betreuer aussteht. Gerade nachts, an Feiertagen oder im Falle einer berufsmäßigen Betreuung an dienstfreien Wochenenden wird im Regelfall, wenn überhaupt, nur eine telefonische Kontaktaufnahme mit ihm möglich sein.⁶⁹⁴ Eines ist jedenfalls sicher: Es vergeht Zeit, bis der Betreuer um seine Einwilligung gebeten werden kann. Bestünde nun ein absoluter Vorrang des Betreuungsrechts, wäre in dieser Zeit nach den bisherigen Ausführungen die Vornahme von freiheitsentziehenden Maßnahmen unter Umständen rechtswidrig. Das Problem dabei ist offensichtlich: In der Zeit, bis der Betreuer erreicht werden kann, können sich die Gefahren für den Heimbewohner bereits realisiert haben, deretwegen das Pflegepersonal eine freiheitsentziehende Maßnahme in Betracht zieht.

aa) Einschalten des Betreuungsgerichts keine Alternative

Eine Lösung dieses Problems scheint sich zunächst im Betreuungsrecht selbst anzubahnen. Es ist die Vorschrift des § 1846 BGB, die aufgrund des Verweises in § 1908i I BGB auch bei Betreuungen anzuwenden ist. Nach §§ 1908i I, 1846 BGB kann unter Umständen, die soeben genannten wurden, anstelle des Betreuers auch der zuständige Betreuungsrichter entscheiden. Hierin könnte eine Alternative zur Einwilligung des Betreuers zu sehen sein. Wenn ein betreuter Heimbewohner selbst im Bezug auf eine freiheitsentziehende Maßnahme einwilligungsunfähig ist, könnte sich das Pflegepersonal an das Betreuungsgericht statt an den Betreuer wenden.⁶⁹⁵ Relevant wäre diese Option besonders, wenn das Pflegepersonal den Betreuer über längere Zeit nicht erreicht. Doch wie im folgendem aufgezeigt wird, ist das direkte Einschalten des Betreuungsgerichts für das Pflegepersonal meist keine sachgerechte Lösung.

Ein Problem bliebe auch bei diesem Weg, wenn er gangbar wäre, weiterhin bestehen. Es vergeht ebenso Zeit, bis die Pflegekräfte den zuständigen Betreuungsrichter mit ihrem Anliegen erreichen, da die Amtsgerichte über die Kernzeiten hinaus oftmals nur über einen

⁶⁹² Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 68.

⁶⁹³ Fünftes Kapitel, I. 2. a) bb).

⁶⁹⁴ S. BT-Dr.11/4528-Anlage2, S. 211.

⁶⁹⁵ Davon dass freiheitsentziehende Maßnahmen überhaupt zu den "Maßregeln" im Sinne des § 1846 BGB zählen, kann ausgegangen werden (s. auch den Hinweis auf § 1906 IV BGB in Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 189.): Ob von § 1846 BGB auch eine Unterbringungsbefugnis nach § 1906 I BGB erfasst werden sollte war im Gesetzgebungsverfahren umstritten, wurde aber letztlich beibehalten (vgl. m.w.N.: Schwab, FamRZ 1990, 681, 688.). Erst recht muss dies für freiheitsentziehende Maßnahmen gelten.

zeitlich sehr eingeschränkten Notdienst verfügen.⁶⁹⁶ Es entspricht insofern der fehlenden Rücksprache mit dem Betreuer: Eine betreuungsrechtliche Legitimation der freiheitsentziehenden Maßnahme ist in kurzer Zeit nicht möglich. Bei einer Sperrwirkung des Betreuungsrechts gegenüber anderen Rechtfertigungsgründen besteht für das Pflegepersonal ein hohes Risiko der Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung, sollten dennoch freiheitsentziehende Maßnahmen ergriffen werden.

Ein Problem ist vor allem das Verfahren selbst. Es ist zeitaufwändig und seine Anwendungsmöglichkeit bei freiheitsentziehenden Maßnahmen ist sehr begrenzt.⁶⁹⁷ Es gibt nur zwei Konstellationen, in denen die §§ 1908i, 1846 BGB einschlägig sein können:⁶⁹⁸

- Der Heimbewohner steht nicht unter Betreuung, er ist aber betreuungsbedürftig im Sinne des § 1896 BGB.⁶⁹⁹ Der Betreuungsrichter ist in diesem Fall jedoch grundsätzlich daran gehindert, eine freiheitsentziehende Maßnahme selbst zu legitimieren. Zunächst muss er versuchen, zumindest einen vorläufigen Betreuer einzusetzen, der dann im Sinne des Betreuten entscheidet.⁷⁰⁰ Erst wenn dies fehlschlägt, etwa weil sich keine geeignete Person findet, kann der Betreuungsrichter in Eilfällen ausnahmsweise eine freiheitsentziehende Maßnahme selbst anordnen, ohne in diesem Zeitpunkt bereits einen Betreuer zu bestellen.⁷⁰¹
- Der Heimbewohner ist betreut, sein Betreuer ist jedoch verhindert, so dass das Pflegepersonal keinen Kontakt mit ihm aufnehmen kann. Auch hier ist der Betreuungsrichter daran gehindert, unverzüglich statt des Betreuers zu entscheiden. Zum einen muss der Betreuungsrichter die Unerreichbarkeit des Betreuers prüfen. Selbst wenn sie sich bestätigt, muss er zum anderen abwarten, ob der Betreuer nicht nur vorübergehend

⁶⁹⁶ So ist etwa am Amtsgericht Gießen der Notdienst wochenends nur zwischen 9.00 und 10.00 Uhr besetzt, Merkblatt Dienstzeiten Amtsgericht Giessen 2010.

⁶⁹⁷ Vgl. dazu Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 187.

⁶⁹⁸ Münchener Kommentar zum BGB-Wagenitz, § 1846, Rn. 2; HK-BUR-Rink, § 1846 BGB, Rn. 19.

⁶⁹⁹ Zur Erweiterung des Aufgabenbereichs eines Betreuers im Sinne des § 1896 II BGB vgl.: HK-BUR-Rink, § 1846 BGB, Rn. 19.

⁷⁰⁰ S. Schwab, FamRZ 1990, 681, 688. Vgl. dazu auch BGH, Beschl. v. 13.02.2002 - XII ZB 191/00; Münchener Kommentar zum BGB-Wagenitz, § 1846, Rn. 3f; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 188; HK-BUR-Rink, § 1846 BGB, Rn. 23.

⁷⁰¹ BGH, Beschl. v. 13.02.2002 - XII ZB 191/00. Vgl. dazu auch Münchener Kommentar zum BGB-Wagenitz, § 1846, Rn. 4; BT-Dr.11/4528-Anlage2, S. 211.

unerreichbar ist.⁷⁰² Geht es darüber hinaus um eine regelmäßige oder länger andauernde freiheitsentziehende Maßnahme im Sinne des § 1906 IV BGB, kommt es zu weiteren Verzögerungen: Der Richter muss den Betroffenen anhören und ein ärztliches Zeugnis einholen. So sehen es die verfahrensrechtlichen Garantien des FamFG vor,⁷⁰³ die auch im Rahmen des § 1846 BGB zu achten sind.⁷⁰⁴ Währenddessen steigt die Wahrscheinlichkeit, dass der Betreuer wieder erreichbar ist. Mit seinem Erreichen endet die Entscheidungsbefugnis des Betreuungsrichters.⁷⁰⁵ Im Falle eines vorherzusehenden Abkömmlichseins des Betreuers wird zudem in der Regel für diese Zeit nach § 1899 IV BGB ein Ersatzbetreuer bestellt, wie etwa bei Urlaub oder Krankheit des Betreuers.⁷⁰⁶ Auch dann kann der Betreuungsrichter nicht selbst über freiheitsentziehende Maßnahme entscheiden.

Dies zeigt, dass es keine Alternative für das Pflegepersonal darstellt, statt des Betreuers direkt das Betreuungsgericht einzuschalten, um eine freiheitsentziehende Maßnahme an einem betreuten Heimbewohner zu legitimieren. Das Verfahren nach §§ 1908i, 1846 BGB unterliegt weiterhin dem Vorrang des Betreuers. Dies steht einer Entscheidung des Betreuungsrichters entgegen oder zögert sie zumindest wesentlich hinaus. § 1846 BGB ist eine Ausnahmegvorschrift.⁷⁰⁷

bb) Ausnahmsweise Durchbrechung der Sperrwirkung

Das Problem bleibt: Eine freiheitsentziehende Maßnahme kann in der Zeit nicht legitimiert sein, während das Pflegepersonal versucht, eine Zustimmung vom Betroffenen, seinem Betreuer oder einem Betreuungsrichter einzuholen. Es fehlt im Betreuungsrecht schlichtweg an einer entsprechenden Regelung.

⁷⁰² Vgl. MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 100; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 10.04.2001 - 2-28T 12/01, BtPrax 2001, 174.

⁷⁰³ S. § 321 FamFG. Zur entsprechenden Regelung § 70e FGG, die mit Wirkung vom 01.09.2009 durch das FGG-ReformG aufgehoben wurde: S. Wigge, MedR 1996, 291, 291ff.

⁷⁰⁴ Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 318; BayObLG, Beschl. v. 15.09.1999 - 3Z BR 221/99, NJW-RR 2000, 524. Vgl. aber auch: HK-BUR-Rink, § 1846 BGB, Rn. 15f.

⁷⁰⁵ S. MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 101; LG Berlin, Beschl. v. 27.03.1992 - T 94/92, BTPrax 1992, 43.

⁷⁰⁶ Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 206.

⁷⁰⁷ Münchener Kommentar zum BGB-Wagenitz, § 1846, Rn. 1; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 188.

Man könnte der Ansicht sein, dass auch in diesem Fall das Betreuungsrecht den Rückgriff auf allgemeine Rechtfertigungsgründe verwehrt. Dies entspricht konsequent den Grundsätzen der Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen; Betreuungsrecht ist bei freiheitsentziehenden Maßnahmen an betreuten Heimbewohnern vorrangiges Sonderrecht.⁷⁰⁸

Vorzugswürdig ist es jedoch, in diesem Fall die Anwendung allgemeiner Rechtfertigungsgründe zuzulassen und die Sperrwirkung durch das Betreuungsrecht in diesem Bereich zu durchbrechen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die allgemeine Lehre der Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen unter Umständen eine Sperrwirkung vorrangiger Regelungen aus teleologischen Gründen relativiert.⁷⁰⁹ Dies erscheint hier geboten.⁷¹⁰

An einer Sperrwirkung lässt sich besonders in einem Fall zweifeln. Eine Heimbewohnerin verletzt sich, weil das Pflegepersonal, obschon die Gefahr erkennend, keine sichernde freiheitsentziehende Maßnahme vorgenommen hatte, da die Zustimmung durch den Betreuer noch ausstand und die betroffene Heimbewohnerin zu diesem Zeitpunkt selbst einwilligungsunfähig war. Dabei ist dem Pflegepersonal kein Vorwurf zu machen. Bei Sperrwirkung des Betreuungsrechts ist ihm sogar dringend von einem eigenmächtigen Handeln abzuraten; es droht Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung. Praktisch ist so dem Personal eine Handlungsmöglichkeit genommen, solange der Betreuer nicht informiert ist.

Für eine solche ausnahmslose Sperrwirkung spricht immerhin, dass es keine Gewissheit darüber gibt, ob die Heimbewohnerin sich tatsächlich verletzt, wenn freiheitsentziehende Maßnahmen unterlassen werden. Es besteht nur eine Gefahr. Hingegen ist bei einer freiheitsentziehenden Maßnahme die Heimbewohnerin auf jeden Fall verletzt, nämlich in ihrer Bewegungsfreiheit. Man kann der Meinung sein, dass hierbei die Verletzung gegenüber der Gefahr das größere Übel ist,⁷¹¹ zumal darüber hinaus freiheitsentziehende Maßnahmen

⁷⁰⁸ Fünftes Kapitel, B. II.

⁷⁰⁹ Thiel, Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 195ff; Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 36ff; Warda, FS für Maurach, 143, 158ff und 170.

⁷¹⁰ Vgl. dazu auch im Ansatz: Schell, Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, S. 79.

⁷¹¹ Vgl. bereits Gropp, MedR 1994, 127, 133. Vgl. allgemein dazu: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 742f; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 219; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 223f.

nicht nur die Bewegungsfreiheit verletzen, sondern ihre Anwendung selbst noch eine Gefahr für die körperliche Integrität der Heimbewohnerin mit sich bringt.⁷¹²

Realisieren sich die Gefahren eines Verzichts auf freiheitsentziehende Maßnahmen andererseits, kann dies für den Betroffenen ein langwieriges körperliches Leiden zur Folge haben.⁷¹³ Ein solches wäre unwiderruflich. Demgegenüber hätten freiheitsentziehende Maßnahmen jederzeit beendet werden können, wenn der Betreuer widerspricht.

Der Gesetzgeber lässt es im Betreuungsrecht offen, wie Nutzen und Schaden freiheitsentziehender Maßnahmen zu beurteilen sind. Dies abzuwägen ist grundsätzlich Sache des Betreuten.⁷¹⁴ Sein Wille ist auch weiterhin für den Betreuer maßgeblich, wenn der Betreute selbst einwilligungsunfähig ist und sein Betreuer für ihn entscheidet.⁷¹⁵ Die Autonomie der Person ist die höchste Maxime im Betreuungsrecht.⁷¹⁶ Dies sollte auch hier bedacht werden. Es mag gute Gründe dafür und dagegen geben, bei einwilligungsunfähigen Heimbewohnern auf freiheitsentziehende Maßnahme zu verzichten, solange eine Verständigung mit dem Betreuer aussteht. Entscheidend jedoch sollte auch hierbei sein, wie man dem Willen des Betroffenen gerecht werden kann. Sein Wille wird durch seinen Betreuer repräsentiert, da der Betroffene selbst einwilligungsunfähig ist; so sieht es das Betreuungsrecht vor. Deshalb sollten freiheitsentziehende Maßnahmen bis zu einer Abrede mit dem Betreuer davon abhängig sein, ob sie dem Betreuer dienlich sind, den mutmaßlichen Willen des Betreuten durchzusetzen.

Unter diesem Gesichtspunkt fragt es sich, ob es eher zu billigen ist, dass ein einwilligungsunfähiger Betreuer vorübergehend seine Bewegungsfreiheit einbüßt, der dies

⁷¹² Hamers, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 19, 22; Lutterbeck, Pflege-&Krankenhausrecht 2004, 85, 89; Mohsenian, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 266; Pedal, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1996, 180, 180. S. auch Kreuels, Die Fixierung von A-Z, Ein Stationsleitfaden, S. 20.

⁷¹³ Die Behandlungskosten von schwerwiegenden Frakturen (oftmals Hüftfraktur) infolge unterlassener freiheitsentziehender Maßnahmen sind regelmäßig Gegenstand zivilrechtlicher Prozesse, s. etwa: BGH, Urt. v. 14.07.2005 - III ZR 391/04, MedR 2005, 721; BGH, Urt. v. 28.04.2005 - III ZR 399/04, NJW 2005, 1937; OLG Schleswig, Urt. v. 18.06.2004 - 1 U 8/04, NJOZ 2004, 2766; LG Frankfurt, Urt. v. 12.11.2004 - 2/1 S 178/03, NZV 2005, 368. S. dazu auch: Gaßner/Schottky, MedR 2006, 391; Lang, NZV 2005, 124; Lang, NJW 2005, 1905; Schultze-Zeu, MedR 2005, 696; Lutterbeck, Pflege-&Krankenhausrecht 2004, 85; Jorzig, PflR 2003, 379.

⁷¹⁴ Es handelt sich nämlich um Angelegenheiten der Personensorge, s. Fünftes Kapitel, B. I. 2. a) bb). Vgl. auch Stolz, FamRZ 1993, 642, 643.

⁷¹⁵ Pawlowski, JZ 2003, 66, 71; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 164. S. auch dazu m.w.N. und zum Verhältnis des Willens zum Wohl des Betreuten: Dodegge, NJW 2006, 1627, 1628; Gernhuber, Familienrecht, S. 973f; Pawlowski, JZ 2003, 66, 71; Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 157.

eigentlich nicht wollte, oder aber, ob er sich möglicherweise verletzt, weil auf eine freiheitsentziehende Maßnahme verzichtet wurde, obwohl er deren Vornahme eigentlich zustimmen würde.

Vorzugswürdig ist, freiheitsentziehende Maßnahmen anzuwenden. Der Grund dafür liegt darin, dass kurzfristige freiheitsentziehende Maßnahmen weniger in die Entscheidungsbefugnis des Betreuers eingreifen, als ein Verzicht auf eine Maßnahme. Freiheitsentziehende Maßnahmen haben Risiken. Viel wahrscheinlicher ist es aber, dass sie Heimbewohner sicher vor körperlichen Verletzungen schützen. Vor allem sind freiheitsentziehende Maßnahmen reversibel. Das heißt, sie können unverzüglich beendet werden, wenn der Betreuer sie ablehnt. Es ist ein wenig so, als könnte auf diese Weise die Zeit angehalten werden, bis das Pflegepersonal den Betreuer erreicht.

Demgegenüber hat der Verzicht auf freiheitsentziehende Maßnahmen einen entscheidenden Nachteil: Verwirklicht sich das mit ihnen verbundene Risiko und der Heimbewohner verletzt sich, so ist mit einer Verletzung eine Situation geschaffen, die andauert. Eine Verletzung ist nicht unverzüglich zu beenden. Der Betreuer muss nun unter anderen Vorzeichen entscheiden. Es wiegt in diesem Fall umso schwerer, dass der Betreuer erst nachträglich erreicht werden konnte, wenn freiheitsentziehende Maßnahmen im Willen des Betroffenen lagen.

Man kann deshalb sogar behaupten, dass freiheitsentziehende Maßnahmen hier ganz im Sinne des Betreuungsrechts sind. Sie stärken die Entscheidungsbefugnis des Betreuers, im Willen des Betreuten zu handeln. Damit unterstützen sie eine wichtige Intention des Betreuungsrechts.

b) Fazit

Solange eine Rücksprache mit dem Betreuer aussteht, machen sich Pflegepersonen nicht zwingend wegen Freiheitsberaubung nach § 239 StGB strafbar, wenn sie bei betreuten, einwilligungsunfähigen Heimbewohnern dennoch freiheitsentziehende Maßnahmen durchführen. Das Betreuungsrecht bietet zwar keine Legitimationsgrundlage in diesem Fall. Auch ist die direkte Einschaltung des Vormundschaftsgerichts nach §§ 1908i, 1846 BGB für das Pflegepersonal keine Lösung. Daraus folgt jedoch nicht, dass eine freiheitsentziehende

⁷¹⁶ BT-Dr.11/4528, S. 71.

Maßnahme ohne Einwilligung des Betreuers grundsätzlich unzulässig ist. Erfüllt sie den Tatbestand der Freiheitsberaubung, kann sie aufgrund der allgemeinen Rechtfertigungsgründe des StGB gerechtfertigt sein. Das speziellere Betreuungsrecht entfaltet hier keine Sperrwirkung. Teleologische Gründe führen zu dieser Ausnahme. Vor allem spricht dafür, dass freiheitsentziehende Maßnahmen die Aufgaben des Betreuers weniger nachhaltig tangieren, als es eine mögliche körperliche Verletzung des Betreuten täte. Sobald aber der Betreuer erreichbar ist, besteht eine Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen. Das speziellere Betreuungsrecht schließt ab diesem Zeitpunkt die Anwendung der allgemeinen Rechtfertigungsgründe des StGB aus.

D. Mutmaßliche Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen

Es wurde aufgezeigt, wie das Betreuungsrecht unter Umständen als einzige Möglichkeit verbleibt, eine tatbestandliche Freiheitsberaubung aufgrund freiheitsentziehender Maßnahmen zu rechtfertigen. Eine Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen ist in der vorliegenden Thematik noch in einem weiteren Verhältnis wahrscheinlich: Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB könnte ausgeschlossen sein, wenn eine mutmaßliche Einwilligung in Betracht kommt. Relevant wird dies in den Fällen, in denen das Pflegepersonal gegen den mutmaßlichen Willen des Heimbewohners oder gegebenenfalls seines Betreuers handelt. Umgekehrt erübrigt sich diese Problematik, wenn sich das Pflegepersonal bei einer freiheitsentziehenden Maßnahme auf eine mutmaßliche Einwilligung berufen kann. Eine Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB ist dann gerechtfertigt und straflos.

I. Mutmaßliche Einwilligung der Heimbewohnerin

Die mutmaßliche Einwilligung ist ein gewohnheitsrechtlich anerkannter Rechtfertigungsgrund,⁷¹⁷ der besonders oft im Zusammenhang mit ärztlichen Heileingriffen angeführt wird.⁷¹⁸ Es handelt es sich dabei um Fälle, in denen der Patient einem Eingriff vermutlich zugestimmt hätte, wäre er nicht im Zeitpunkt der Verletzung einwilligungsunfähig gewesen, zum Beispiel bei einer Notfalloperation an einem Bewusstlosen.⁷¹⁹ Neben der

⁷¹⁷ S. m.w.N.: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 822f und S. 825; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 385.

⁷¹⁸ Vgl. Pawlowski, JZ 2003, 66, 71; Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 109f.

⁷¹⁹ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 145; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, S. 137; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 386; Wolfslast, Juristische Aspekte der Diagnose und Therapie psychischer Störungen, in: Psychiatrie, S. 847, 849.

Einwilligungsunfähigkeit⁷²⁰ desjenigen, in dessen Recht eingegriffen wird, und einem Handeln in seinem mutmaßlichen Willen,⁷²¹ sind allgemein die Voraussetzungen einer mutmaßlichen Einwilligung, dass der Betroffene über das verletzte Rechtsgut verfügen kann, und dass ein Eingreifen unaufschiebbar ist.⁷²²

Eine solche Rechtfertigungslage kann auch bei Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen relevant werden. Grundlage der weiteren Ausführungen sind zunächst Maßnahmen gegen Heimbewohner, die nicht unter Betreuung im Sinne des Betreuungsrechts stehen, weshalb auch keine Genehmigung durch einen Betreuer erteilt werden kann.

Es wurde bereits ausgeführt, dass die Bewegungsfreiheit ein Rechtsgut ist, über das der Einzelne verfügen kann: Stimmt die Heimbewohnerin der freiheitsentziehenden Maßnahme zu, dann verwirklicht das Pflegepersonal nicht den Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 StGB, da ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt.⁷²³ Die Verfügungsbefugnis als eine Voraussetzung der mutmaßlichen Einwilligung ist deshalb bei einer Freiheitsberaubung problemlos gegeben. Man könnte sogar der Ansicht sein, dass hier eine mutmaßliche Einwilligung der Heimbewohnerin wie ein Einverständnis bereits den Tatbestand entfallen lässt.⁷²⁴ Dagegen spricht jedoch, dass die mutmaßliche Einwilligung keine Willensäußerung des Betroffenen ersetzt; eine Freiheitsentziehung bleibt weiterhin

⁷²⁰ Dies unterscheidet die mutmaßliche Einwilligung von der sog. hypothetischen Einwilligung. Auf die hypothetische Einwilligung wird im Zusammenhang mit der mutmaßlichen Einwilligung in der neueren Rechtsprechung und Literatur des Öfteren hingewiesen (vgl. m.w.N.: Weber, "Off-label use", S. 147ff): Ausgangspunkt ist ein Beschluss des BGH v.15.10.2003 – 1 StR 300/03, NStZ-RR 2004,16. Demnach entfällt die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung bei einem medizinischen Eingriff, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation hypothetisch eingewilligt hätte. Auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand allerdings ist der Gedanke der hypothetischen Einwilligung nicht sinnvoll zu übertragen: Die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung für ein im Rahmen der Freiheitsberaubung bereits tatbestandsausschließendes Einverständnis sind so gering (vgl. Viertes Kapitel, B. I. 1.), dass eine Beachtung dessen ausnahmslos verlangt werden kann. Es geht bei freiheitsentziehenden Maßnahmen schlichtweg um viel stärker überschaubare und nachvollziehbare Sachverhalte, als es bei medizinischen Eingriffen, etwa einer Operation, der Fall ist.

⁷²¹ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 829ff; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 147f; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, S. 138.

⁷²² Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 147. S. auch Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, S. 1227.

⁷²³ Vgl. S/S-Eser, § 239, Rn. 8; S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 33; NK-Sonnen, § 239, Rn. 21; LK-Träger, § 239, Rn. 27. A.A.: Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 373.

⁷²⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang: AmtsG Recklinghausen, Beschl. v. 31.03.1987 - C VIII 721, FamRZ 1988, 653, 655.

ohne unmittelbare Erlaubnis des Betroffenen und damit in deliktstypischer Weise verwirklicht.⁷²⁵

Schwieriger ist es mit den weiteren Voraussetzungen einer mutmaßlichen Einwilligung. Die Heimbewohnerin muss einwilligungsunfähig und die freiheitsentziehende Maßnahme muss unaufschiebbar sein. Beide Merkmale hängen eng zusammen. Für das Personal stellt sich die Situation, dass die Heimbewohnerin aktuell keine Willensäußerung über eine freiheitsentziehende Maßnahme treffen kann. Die Heimbewohnerin hat eine Bewusstseinsstörung. Dem Pflegepersonal bieten sich nun zwei Möglichkeiten. Es kann abwarten, ob die Heimbewohnerin ihre Einwilligungsfähigkeit wiedererlangt, um sie dann zu befragen. Oder das Pflegepersonal nimmt eine freiheitsentziehende Maßnahme vor und hebt sie gegebenenfalls auf, wenn die Heimbewohnerin ihre Einwilligungsfähigkeit zurückerlangt und der Maßnahme widerspricht.

Bei dieser Entscheidung wird relevant, ob die freiheitsentziehende Maßnahme aufschiebbar ist. Sie muss dann als aufschiebbar angesehen werden, wenn ein Verzicht auf freiheitsentziehende Maßnahmen folgenlos bliebe.⁷²⁶ In diesem Fall kann nämlich abgewartet werden, wie die Heimbewohnerin entscheidet, wenn sie gegebenenfalls ihre Einwilligungsfähigkeit zurück erlangt, insbesondere wenn die Bewusstseinsstörung erwartungsgemäß nur von kurzer Dauer ist.

Da sich die Frage nach freiheitsentziehenden Maßnahmen überhaupt stellt, ist es wahrscheinlicher, dass ein Verzicht auf freiheitsentziehende Maßnahmen für die Heimbewohnerin Folgen haben könnte. Beachtenswert ist dabei, welche Folgen maßgeblich sind. Im Rahmen der mutmaßlichen Einwilligung geht es nämlich nicht unmittelbar um Gefahren für die Gesundheit der Heimbewohnerin, die bei einem Unterlassen freiheitsentziehender Maßnahmen zu erwarten sind. Fürsorge ist kein Argument bei einer mutmaßlichen Einwilligung, ebenso wenig wie Vernunft und Gewohnheit. Entscheidend ist

⁷²⁵ S. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 822f; Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 94. Zudem verbleibt eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts, s.: Wolfslast, Deutsche Krankenpflegezeitschrift 1989, 241, 243.

⁷²⁶ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 827; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 147; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, S. 138; Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, S. 1227.

hier alleine der Schutz der Selbstbestimmung der Heimbewohnerin.⁷²⁷ Daran sind die Folgen einer Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen abzuwägen, und daran bestimmt sich weiter, ob eine freiheitsentziehende Maßnahme noch aufgeschoben werden kann, wenn das Wiedererlangen der Einwilligungsfähigkeit zu erwarten ist. Unaufschiebbar sind in diesem Sinne freiheitsentziehende Maßnahmen, wenn andernfalls der Wille der Betroffenen unwiderruflich verletzt wird.

Das Pflegepersonal muss entsprechend ermitteln.⁷²⁸ Es gilt, den mutmaßlichen Willen des Heimbewohners herauszufinden, ob dieser unter den gegebenen Umständen freiheitsentziehenden Maßnahmen zustimmen würde. Überwiegen die Anhaltspunkte dafür, liegt eine mutmaßliche Einwilligung vor.⁷²⁹ Eine Freiheitsberaubung ist damit gerechtfertigt. Dies gilt, solange die Bewertung der Anhaltspunkte unverändert und der Heimbewohner einwilligungsunfähig bleibt. Zurückliegend ändert sich zudem nichts an einer Rechtfertigung, selbst wenn der Heimbewohner im nachhinein freiheitsentziehende Maßnahmen ablehnt.⁷³⁰ Das Pflegepersonal kann also ein Strafbarkeitsrisiko erheblich senken, wenn es bei freiheitsentziehenden Maßnahmen an einwilligungsunfähigen Heimbewohnern die Anforderungen an die mutmaßliche Einwilligung kennt und beachtet. Ein besonders gewichtiges Indiz für einen entsprechenden Willen des Heimbewohners ist, wenn der Heimbewohner in einer Patientenverfügung⁷³¹ in freiheitsentziehende Maßnahmen einwilligt.⁷³² Bedeutend sind hier ebenso Absprachen in Heimverträgen.⁷³³ Vergleichbar damit ist auch die Indizwirkung von bisher regelmäßig praktizierten freiheitsentziehenden Maßnahmen, denen der Betroffene selbst zustimmte, solange er noch einwilligungsfähig war.⁷³⁴ Umgekehrt gilt dies natürlich entsprechend. Lehnte der Heimbewohner bisher freiheitsentziehende Maßnahmen ab, ist dies ein grundsätzlich nur schwer zu überwiegendes

⁷²⁷ Vgl. S/S-Lenckner, Vorbem §§ 32, Rn. 57; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 823 und S. 832; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 243; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 147; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 387.

⁷²⁸ Vgl. Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 387f. Welche Anforderungen dabei an die Sorgfalt zu stellen sind, ist umstritten, s.: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 834; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 148.

⁷²⁹ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 834.

⁷³⁰ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 832; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 243; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 147; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 388.

⁷³¹ Vgl. allg. dazu: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, S. 340ff; Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, S. 1171 Rn.26.

⁷³² Vgl. auch Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, S. 1227.

⁷³³ Vgl. zur Verbindlichkeit von Erklärungen in Heimverträgen: AmtsG Recklinghausen, Beschl. v. 31.03.1987 - C VIII 721, FamRZ 1988, 653, 655; Polenz, Altenheim 1987, 27, 28; Linzbach, NDV 1984, 199; Everts, NDV 1983, 200.

⁷³⁴ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 831.

Indiz seines mutmaßlichen Willens. In einem solchen Fall ist eine Freiheitsberaubung in der Regel nicht über eine mutmaßliche Einwilligung rechtfertigbar.

Nicht immer wird der mutmaßliche Wille eindeutig zu ermitteln sein. Daraus erwächst für das Pflegepersonal ein Risiko. Wenn es freiheitsentziehende Maßnahmen anwendet, steht es dafür ein, dass die tatsächlichen Anhaltspunkte überwiegen, die auf ein Einverständnis des Heimbewohners schließen. Muss die Sachlage jedoch anders beurteilt werden, irrt sich das Pflegepersonal also, scheidet eine Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung wegen einer mutmaßlichen Einwilligung aus.⁷³⁵ Dem kann das Pflegepersonal jedoch vorbeugen. Es empfiehlt sich, sich frühzeitig mit den Heimbewohnern über die Handhabung von freiheitsentziehenden Maßnahmen zu verständigen.⁷³⁶ So kann das Pflegepersonal Indizien sammeln, die die Bewertung eines mutmaßlichen Willens erleichtern und absichern.

II. Mutmaßliche Einwilligung verdrängt § 34 StGB

Die mutmaßliche Einwilligung wirkt sich auf die Anwendbarkeit anderer Rechtfertigungsgründe aus. Es ist wie bei den Folgen des Betreuungsrechts. Auch hier tritt eine Konkurrenz unter Rechtfertigungsgründen auf.⁷³⁷ Ist eine mutmaßliche Einwilligung anwendbar, ist die Berufung auf andere Rechtfertigungsgründe grundsätzlich verwehrt.⁷³⁸ Eine Rechtfertigung ist also nur noch unter den Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung möglich.

Der Grund dieser Sperrwirkung ist, dass so der herausragenden Bedeutung der Selbstbestimmung Rechnung getragen werden kann. Selbstbestimmung oder Autonomie sind hier gleich in zweierlei Hinsicht relevant: Der Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB beruht auf einer Verletzung des Willens zur Fortbewegung.⁷³⁹ Die Verletzung des Willens zur Fortbewegung ist demnach auch dasjenige Eingriffsgut, das es bei der Rechtswidrigkeit abzuwägen gilt. Eine mutmaßliche Einwilligung stellt gerade auf den Willen

⁷³⁵ Ein Irrtum kann aber durchaus zugunsten des Pflegepersonals berücksichtigt werden: Zur Abgrenzung zwischen einem Erlaubnistatbestandsirrtum und einem Verbotsirrtum sowie allgemein zur Irrtumsproblematik bei einer mutmaßlichen Einwilligung vgl.: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 834f; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 148.

⁷³⁶ Vgl. allgemein auch Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, S. 1225 Rn.6.

⁷³⁷ Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, s. Fünftes Kapitel, B. II.

⁷³⁸ Vgl. dazu auch Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 772.

⁷³⁹ Drittes Kapitel, C. III. 3.; m.w.N.: insbesondere: Bloy, ZStW96 1984, 703. Kritisch: Kargl, JZ 1999, 72, 74ff.

des Verletzten ab. Es ist der Rechtfertigungsgrund, der das tatbestandliche Eingriffsgut am besten repräsentiert. Alleine deshalb ist die mutmaßliche Einwilligung hier vorzuzugswürdig.

Der zweite Grund ist Folgender: Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit stößt man in den vorliegenden Fallkonstellationen auf eine Besonderheit. Freiheitsentziehende Maßnahmen werden gegen und zum Schutz derselben Person angewendet. Eingriffs- und Erhaltungsgut stehen also demselben Rechtsgutträger zu. Es wird für diesen Fall in der Literatur vertreten, für die Rechtfertigung ausnahmslos auf eine mutmaßliche Einwilligung abzustellen.⁷⁴⁰ Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Durch das Anerkennen der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ist es nicht mehr erforderlich, auf den Notstand nach § 34 StGB zurückzugreifen. Wenn Eingriffs- und Erhaltungsgut demselben Rechtsgutträger zustehen, sind dies immer Fallkonstellationen im Rahmen der mutmaßlichen Einwilligung. Die mutmaßliche Einwilligung setzt dabei voraus, dass der Einzelne berechtigt ist, über das betroffene Rechtsgut zu verfügen.⁷⁴¹ Damit stellt man zugleich fest, dass Interessen anderer dem unterzuordnen sind. Wenn eine mutmaßliche Einwilligung einschlägig ist, ist es nur konsequent, eine Rechtfertigung ausschließlich im Willen des Verletzten zu suchen. Der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung ist *lex specialis* bei Autonomieverletzungen.

Wie beim Betreuungsrecht so gilt auch bei der mutmaßlichen Einwilligung, dass zwar grundsätzlich eine Sperrwirkung entsteht, dass ausnahmsweise aber andere Rechtfertigungsgründe anwendbar bleiben.⁷⁴² Ein Problem für eine mutmaßliche Einwilligung besteht, je weniger über die zu beurteilende Person bekannt ist. Ohne persönliche Anhaltspunkte scheint es gar unmöglich zu sein, auf einen mutmaßlichen Willen zu schließen. Die Anwendbarkeit der mutmaßlichen Einwilligung überhaupt ist unter diesen Umständen fraglich. Stellt man dennoch auf sie ab, so bedient man sich gezwungenermaßen abstrakter Kriterien, man entscheidet, so wie andere vernünftigerweise entscheiden würden. Eine solche Entscheidung gleicht einer abstrakten Güterabwägung im Rahmen des Notstandes nach § 34 StGB. Die mutmaßliche Einwilligung hat in diesem Fall ihre speziellere Stellung eingebüßt. Es gilt daher, dass die Sperrwirkung einer mutmaßlichen Einwilligung davon abhängt, ob Anhaltspunkte für den Willen des Betroffenen vorliegen. Ist sein Wille gut zu

⁷⁴⁰ Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 350 und 426. Eingeschränkt: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 772f.

⁷⁴¹ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 147.

ermitteln, besteht Sperrwirkung. Liegen keine Indizien für seinen Willen vor, besteht keine Sperrwirkung. Dazwischen sind die Grenzen fließend. § 34 StGB und mutmaßliche Einwilligung gehen hier ineinander über.

III. Mutmaßliche Einwilligung des Betreuers

Fraglich ist auch, wie sich eine mutmaßliche Einwilligung gegenüber einer Rechtfertigung aus dem Betreuungsrecht verhält, etwa nach § 1902 BGB. Diese Rechtfertigungsgründe können sich in ihrer Anwendung überschneiden. Insbesondere wenn die Heimbewohnerin bereits für längere Zeit einwilligungsunfähig ist, wird für gewöhnlich ein Betreuer mit entsprechendem Aufgabenbereich bestellt sein.⁷⁴³

Man könnte der Ansicht sein, dass es zur Rechtfertigung einer möglichen Freiheitsberaubung immer ausreichend ist, wenn sich das Pflegepersonal mit der freiheitsentziehenden Maßnahme am mutmaßlichen Willen des Heimbewohners orientiert. Man könnte hier ebenso der Ansicht sein, dass das Pflegepersonal den Betreuer einschalten muss, wie bereits im Verhältnis Betreuungsrecht und § 34 StGB aufgezeigt wurde.

Beide Ansätze sind teilweise zutreffend. Es gibt zwischen mutmaßlicher Einwilligung und Betreuungsrecht kein dem Verhältnis zwischen Betreuungsrecht und § 34 StGB vergleichbares Konkurrenzverhältnis. Ein Handeln im Sinne des Betreuungsrechts bedeutet nämlich grundsätzlich, im mutmaßlichen Willen des Betreuten zu handeln.⁷⁴⁴ Aus diesem Grund ist es möglich, als mutmaßlichen Willen des Betreuers zu unterstellen, dass er im Sinne des Betreuten handeln möchte. Auch für den Betreuer ist es dabei unumgänglich, den mutmaßlichen Willen des Betreuten zu ermitteln. Insofern gleichen sich Betreuungsrecht und mutmaßliche Einwilligung. Ein Unterschied liegt darin, wie der mutmaßliche Wille zu ermitteln ist. Das Betreuungsrecht bestimmt hierfür einen Entscheidungsträger. Dies ist der Betreuer. Er ist zu verständigen und bestimmt, wie der mutmaßliche Wille lautet.⁷⁴⁵ Das Betreuungsrecht konkretisiert so den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung. Es gilt, an dieser gesetzgeberischen Entscheidung festzuhalten.

⁷⁴² Vgl. Fünftes Kapitel, B. II 2. b).

⁷⁴³ Vgl. dazu auch Siebtes Kapitel, C.

⁷⁴⁴ S. BT-Dr.11/4528, S. 67 und S.70f. Insbesondere bei Entscheidungen der Personensorge: Vgl. Pawlowski, JZ 2003, 66, 70f; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 164.

⁷⁴⁵ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 159 und S.172; Stolz, FamRZ 1993, 642, 643; BT-Dr.11/4528, S. 68ff.

Das Pflegepersonal hat sich deshalb bei Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen an betreuten Heimbewohnern nicht am mutmaßlichen Willen des Heimbewohners zu orientieren, sondern an dem des Betreuers.⁷⁴⁶ Daraus folgt, dass sich das Pflegepersonal nicht auf einen mutmaßlichen Willen einer Heimbewohnerin berufen kann, wenn ihr Betreuer die Maßnahme ablehnt. Daraus folgt konsequenterweise auch, dass es nicht einer ausdrücklichen Erklärung des Betreuers bedarf, sondern bereits seine zu erwartende Entscheidung, sein mutmaßlicher Wille, maßgeblich ist. Ist die Heimbewohnerin einwilligungsunfähig und die freiheitsentziehende Maßnahme unaufschiebbar, rechtfertigt das Handeln im mutmaßlichen Willen des Betreuers die tatbestandliche Freiheitsberaubung. Umgekehrt ist bei einer mutmaßlich ablehnenden Haltung des Betreuers ein Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen des Heimbewohners oder § 34 StGB verwehrt.

Die Anerkennung des Handelns im mutmaßlichen Willen des Betreuers ist unproblematisch, wenn man von dem Ideal ausgeht, auf dem das Betreuungsrecht grundsätzlich beruht, dass sich der mutmaßliche Wille des Betreuers und des Betreuten decken. Eine solche Übereinstimmung kann jedoch in der Praxis oftmals bezweifelt werden, etwa wenn mehrere Betreute eines Berufsbetreuers in derselben Einrichtung leben und der Betreuer stets und ausnahmslos freiheitsentziehende Maßnahmen billigt. Dennoch ist auch in diesen Fällen nicht anders zu verfahren. Der mutmaßliche Wille des Betreuers bleibt maßgeblich. Dies ist die Konsequenz aus der gesetzlichen Ausgestaltung des Betreuungsrechts, wonach der Betreuer im Rahmen seiner Vertretungsmacht die Anordnungscompetenz zur Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen hat.⁷⁴⁷ Dabei bestimmt er nicht nur den mutmaßlichen Willen des Betreuten, sondern zu dessen Wohl kann der Betreuer auch ausnahmsweise gehalten sein, gegen den natürlichen Willen des Betreuten zu handeln.⁷⁴⁸ Ein Übergehen des mutmaßlichen Willens des Betreuten ist daher nicht zwangsläufig Unrechts. Betreuungsrechtliche Legitimität deckt sich mit der Vertretungsmacht des Betreuers und endet erst bei einem offensichtlichen und ganz gravierenden Missstand im Verhältnis Betreuer und Betreuten oder der wiedererlangten

⁷⁴⁶ Vgl. dazu auch Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 215f.

⁷⁴⁷ Eingehend dazu: Fünftes Kapitel, B.II.

⁷⁴⁸ S. insbesondere BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277.

Einwilligungsfähigkeit des Betreuten.⁷⁴⁹ Solange ist ein mutmaßlicher Wille des Betreuten in der Entscheidungsgewalt des Betreuers.

E. Zusammenfassung

Zwei Gerichtsentscheidungen sind im Kontext einer Strafbarkeit freiheitsentziehender Maßnahmen von herausragender Bedeutung. Einmal ist es das Urteil des BayObLG⁷⁵⁰ über Anforderungen an ein Opfer einer Freiheitsberaubung, dieses Urteil war Gegenstand des Zweiten Kapitels. Zum anderen ist es das Urteil des BGH zum Rechtfertigungsgrund der Familienpflege.⁷⁵¹ Der Rechtfertigungsgrund der Familienpflege kommt dem Personal in einem Altenpflegeheim nicht zu Gute. Die besondere Bedeutung dieser Entscheidung liegt vielmehr darin, dass sie das eigentliche Problem der Rechtfertigung freiheitsentziehender Maßnahmen aufdeckt, wenn Pflegepersonen den Tatbestand der Freiheitsberaubung verwirklichen haben. Das Problem ist nicht nur, wie man anfangs glauben mag, ob der Schutz von Gesundheit und Leben genügt, um den Betroffenen zum Verbleib an Ort und Stelle zu zwingen. Das Problem ist vor allem, wer befugt ist, über freiheitsentziehende Maßnahmen zu entscheiden, wenn der Betroffene zu dieser Entscheidung selbst nicht in der Lage ist. Dies ist eine Entscheidung des Pflegepersonals, glaubt man der pflegerischen Ausbildungsliteratur und Stimmen aus der Rechtslehre, die auf eine Rechtfertigung des Pflegepersonals wegen Notstands nach § 34 StGB hinweisen. Dies entspricht aber nicht dem Urteil des BGH. Demnach können, zugespitzt formuliert, selbst lebensrettende freiheitsentziehende Maßnahmen nicht gerechtfertigt sein, wenn das Pflegepersonal eigenmächtig handelt. Entscheidender als der Schutzaspekt freiheitsentziehender Maßnahmen ist nach dem BGH, ob die Maßnahmen einer staatlichen Legitimierung zugeführt wurden, sie also nach dem damaligen Vormundschaftsrecht behördlich bzw. gerichtlich genehmigt worden sind. Dies wird übersehen, wenn pauschal auf § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund freiheitsentziehender Maßnahmen hingewiesen wird.

Zuzustimmen ist demgegenüber den vereinzelten Hinweisen in der Literatur auf § 1906 IV BGB als strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund. § 1906 IV BGB ist eine betreuungsrechtliche Vorschrift, die mit Erlass des Betreuungsrechts im Jahre 1992 eine bedeutende Neuerung brachte: Bestimmte freiheitsentziehende Maßnahmen in Altenheimen

⁷⁴⁹ Fünftes Kapitel, B. II., vgl. auch Gernhuber, Familienrecht, S. 972; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 187f.

⁷⁵⁰ BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - RevReg. Nr. III 378/51, JZ 1952, 237.

sind nach § 1906 IV BGB durch einen Richter zu genehmigen. Eine solche Genehmigung durch den Richter macht den Eingriff wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung auch strafrechtlich rechtmäßig. § 1906 IV BGB ist ein strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund, er ist die heutige Form der staatlichen Legitimierung, so wie sie das Urteil des BGH 1959 forderte.

Die Begründung, warum eine Rechtfertigung nach § 34 StGB versperrt ist, liefert das gedankliche Gerüst der Konkurrenz der Rechtfertigungsgründe. Die Entscheidung des Gesetzgebers, im Betreuungsrecht Verfahren zu normieren, um freiheitsentziehende Maßnahmen zu legitimieren, darf nicht unterlaufen werden, auch nicht durch die Abwägungen allgemeiner Rechtfertigungsgründe. Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen führt konsequenterweise zur Nichtanwendbarkeit der allgemeinen Rechtfertigungsgründe, sprich § 1906 IV BGB verdrängt hier § 34 StGB.

§ 1906 IV BGB ist nicht der einzige Rechtfertigungsgrund des Betreuungsrechts, der einer Anwendung von § 34 StGB entgegensteht. Jede Genehmigung nach § 1906 IV BGB setzt voraus, dass ein Betreuer nach § 1902 BGB über die freiheitsentziehende Maßnahme entscheidet. Damit ist das Pflegepersonal von der Verantwortung der Entscheidung entlastet. Zum Schutz vor Machtmissbrauch ist nämlich nach § 1897 III BGB ausgeschlossen, dass Angestellte der Pflegeeinrichtung selbst eine Betreuung übernehmen. Damit ist die Trennung von Innen- und Außenverhältnis einer Betreuung sichergestellt. Pflegende können damit nicht selbst beim Betreuungsgericht die Genehmigung für eine freiheitsentziehende Maßnahme nach § 1906 IV BGB beantragen. Der Betreuer kann nur aus seiner Vertretungsmacht gegenüber dem Betreuten nach § 1902 BGB den Heimbewohner wirksam vertreten. Für die Praxis ist daher die Zustimmung des Betreuers nach § 1902 BGB als Rechtfertigung relevanter als ein Verfahren nach § 1906 IV BGB.

Nicht alle Fälle freiheitsentziehender Maßnahmen sind der betreuungsrechtlichen Legitimation zugänglich. Sie betrifft nur solche Heimbewohner, für die eine rechtliche Betreuung nach § 1896 BGB eingerichtet ist. Dies ist die erste Einschränkung einer Sperrwirkung von betreuungsrechtlichen Rechtfertigungsgründen gegenüber § 34 StGB. Die zweite Einschränkung der Sperrwirkung betrifft die Zeit, in der eine Rücksprache mit dem

⁷⁵¹ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197.

Betreuer aussteht. Solange kann eine freiheitsentziehende Maßnahme weiterhin nach § 34 StGB gerechtfertigt sein. Kein Ausweg ist es für das Pflegepersonal, sich bei Nichterreichbarkeit des Betreuers direkt gemäß §§ 1908i, 1846 BGB an das Vormundschaftsgericht zu wenden.

Eine Konkurrenz wie zu den Rechtfertigungsgründen des Betreuungsrechts besteht ebenso zwischen § 34 StGB und dem Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung. Die Mutmaßliche Einwilligung ist lex specialis der Rechtfertigung von Tatbeständen, die auf einer Autonomieverletzung gründen. Bei Heimbewohnern in einem rechtlichen Betreuungsverhältnis hat sich das Pflegepersonal dabei am mutmaßlichen Willen des Betreuers zu orientieren.

Welche Fälle für eine Rechtfertigung nach § 34 StGB verbleiben, ist Thema des nächsten Kapitels.

Sechstes Kapitel: Verbleibende Anwendungsmöglichkeit des § 34 StGB

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass nur unter sehr engen Voraussetzungen die Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung gemäß § 239 I StGB durch freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 34 StGB in Betracht kommt. Grund dafür ist die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen. Demnach kann Notstand nur bei einwilligungsfähigen Heimbewohnern in Betracht kommen. Bei einwilligungsunfähigen Heimbewohnern ist § 34 StGB grundsätzlich durch das hier speziellere Betreuungsrecht verdrängt. Nur ausnahmsweise ist hierbei eine Rechtfertigung wegen Notstands zu erwägen, wenn weder Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Willen des Betreuers vorliegen, noch der Betreuer zur Klärung erreicht werden kann. Der Anwendungsbereich des § 34 StGB unterliegt damit bereits erheblichen Einschränkungen.

Bei dieser Hürde bleibt es nicht. Selbst in den Fällen, in denen eine Notstandslage eingetreten ist, ist es fraglich, ob jemals freiheitsentziehende Maßnahmen den Anforderungen des § 34 StGB gerecht werden können. Problematisch ist dies in zweierlei Hinsicht, nämlich in Bezug auf die Erforderlichkeit und auf die Verhältnismäßigkeit im Sinne des § 34 StGB, also in Bezug auf die Anforderungen an eine rechtmäßige Notstandshandlung. Es gibt, wie im folgenden aufgezeigt wird, Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen, die die Heimbewohner ebenso schützen und sie zugleich weniger belasten.⁷⁵² Wie kann da eine freiheitsentziehende Maßnahme noch erforderlich sein? Darüber hinaus ist mit der Verwirklichung des Tatbestandes der Freiheitsberaubung immer auch ein Eingriff in die Selbstbestimmung der Heimbewohner verbunden.⁷⁵³ Welche Gründe sind überhaupt vorstellbar, damit freiheitsentziehende Maßnahmen eine solche Autonomieverletzung wesentlich überwiegen können?

⁷⁵² Vgl. Thurner-Fromm, Stuttgarter Zeitung vom 12.07.2006; Hamers, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 19, 23; Koczy, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 33, 38; Müller-Jentsch, SZ vom 23.08.2005; Loerzer, SZ vom 28.04.2003; Borutta, Fixierung in der Pflegepraxis, S. 55ff. Kritisch gegenüber den Alternativen: Lutterbeck, Pflege-&Krankenhausrecht 2004, 85, 89f.

⁷⁵³ Vgl. Drittes Kapitel C. III. 3., Viertes Kapitel, B. I.

A. Die These mangelnder Erforderlichkeit freiheitsentziehender Maßnahmen

Zunächst setzt eine Rechtfertigung nach § 34 StGB den Eintritt einer Notstandslage voraus. Dies ist im Zusammenhang mit freiheitsentziehenden Maßnahmen meist unproblematisch. Eine Notstandslage erfordert eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut.⁷⁵⁴ Welchen Gefahren das Pflegepersonal mit freiheitsentziehenden Maßnahmen vorbeugt, darauf wurde bereits eingegangen: Es sind allgemein Gefahren für die körperliche Integrität und die Gesundheit der Heimbewohner, die, wie bereits aus dem Wortlaut des § 34 StGB folgt, zu den notstandsfähigen Rechtsgütern zählen. Zu diesen Gefahren kommt es vor allem durch das höhere Sturzrisiko alter Menschen infolge des Abbaus an Mobilität, sowie bei "Weglauftendenzen" durch eingeschränkte kognitive Fähigkeiten.⁷⁵⁵ Wichtig ist hier im Rahmen der Notstandslage, dass solche Gefahren gegenwärtig sind. Routinemäßige freiheitsentziehende Maßnahmen aus präventiven Gesichtspunkten können jedenfalls nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt sein.⁷⁵⁶

Weiterhin stellt § 34 StGB Anforderungen an die zur Gefahrabwendung unternommenen Handlung: Die Notstandshandlung, hier die freiheitsentziehende Maßnahme, muss erforderlich und angemessen sein.⁷⁵⁷

Die in Frage stehende Erforderlichkeit im Sinne des § 34 StGB findet sich im Wortlaut des § 34 StGB darin wieder, dass eine gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut nicht anders abzuwenden sein darf. Nun werden die Alternativen zu den freiheitsentziehenden Maßnahmen relevant. Sie ermöglichen gerade die andersartige Gefahrenabwehr. Geht man streng nach dem Wortlaut des § 34 StGB, ist demnach eine freiheitsentziehende Maßnahme tatsächlich keine taugliche Notstandshandlung. Eine solche Auslegung des § 34 StGB kann aber vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden sein,⁷⁵⁸ denn allgemein wäre damit § 34 StGB immer ausgeschlossen, wenn es mehrere Möglichkeiten zur Gefahrabwehr gibt. Ein solcher Schluss ist deshalb offensichtlich unsinnig. Nach allgemeiner Ansicht gilt es deshalb bei mehren

⁷⁵⁴ Fischer, § 239 StGB, Rn. 3f; LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 22.

⁷⁵⁵ Vgl. auch Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 69.

⁷⁵⁶ Vgl. zu den Anforderungen an eine ausreichende "Dauergefahr": Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 109; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 209; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 365. S. dazu auch aus zivilrechtlicher Sicht (Haftung des Heimträgers bei einem Sturz eines Heimbewohners): Lang, NZV 2005, 124, 126.

⁷⁵⁷ Fischer, § 239 StGB, Rn. 5; LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 50.

⁷⁵⁸ S. LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 51; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 217; Lenckner, FS für Lackner, 95, 96.

Möglichkeiten zur Erfolgsabwehr zu prüfen, welche unter den gegebenen Umständen so geeignet und so schonend wie möglich ist.⁷⁵⁹ Das ist dann diejenige Handlung, die die erforderliche im Sinne des § 34 StGB ist. Es sei noch darauf hingewiesen, dass dieser Prognose nach ganz herrschender Meinung eine ex ante Sicht zugrunde liegt.⁷⁶⁰ Daraus folgt, dass selbst freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 34 StGB erforderlich sein könnten, deren Risiken sich in ihrem Verlauf verwirklichen; im tragischsten Falle umfasst das auch den Tod des Betroffenen. Vorausgesetzt wird natürlich, dass ein solches Unglück bei Beginn der freiheitsentziehenden Maßnahme noch unabsehbar war.⁷⁶¹

I. Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen als mildere Mittel

*Schumacher*⁷⁶² vertritt, dass in der Regel freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 34 StGB nicht erforderlich sein können, weil die persönliche Intervention bzw. Begleitung durch das Pflegepersonal ein milderes Mittel darstellt.⁷⁶³ Persönliche Intervention bzw. Begleitung könnte nach Schumacher beispielsweise durch die ständige Beobachtung und Betreuung der Bewohner durch das Personal umgesetzt werden,⁷⁶⁴ eine sogenannte "Eins zu Eins Betreuung".⁷⁶⁵ In diesem Zusammenhang ist die Münchener Studie⁷⁶⁶ aufschlussreich. Danach gibt es zwischen dem Faktor Personal und der Anzahl freiheitsentziehender Maßnahmen in einem Altenpflegeheim einen Zusammenhang.⁷⁶⁷ Dieser besteht jedoch nicht darin, wie man nach Schumacher vermuten könnte, dass sich durch mehr Personal die Anzahl freiheitsentziehender Maßnahmen reduzierte. Nach der Münchener Studie besteht vielmehr ein Zusammenhang zwischen der Ausbildung der Pflegekräfte und freiheitsentziehenden

⁷⁵⁹ S. Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 362; Lenckner, FS für Lackner, 95, 96f; Grebing, GA 1979, 81, 85.

⁷⁶⁰ Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 109; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 214; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 361; Lenckner, FS für Lackner, 95, 98f.

⁷⁶¹ Vgl. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 214; Lenckner, FS für Lackner, 95, 99.

⁷⁶² Bisher die einzig eingehendere Erörterung freiheitsentziehender Maßnahmen aus strafrechtlicher Sicht: Schumacher, FS für Wessels, 431.

⁷⁶³ S. Schumacher, FS für Wessels, 431, 448. Vgl. hierzu bereits: OLG Hamm, Beschl. v. 22.06.1993 - ZS, 15 W 145/93, FamRZ 1993, 1490, 1492.

⁷⁶⁴ Eine so genannte "Sitzwache", s. Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 429.

⁷⁶⁵ Vgl. auch zur Frage der Erforderlichkeit im Rahmen des § 1906 IV BGB: Dodegge, NJW 1995, 2389, 2395; Ewers, FamRZ 1993, 853, 854.

⁷⁶⁶ Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen.

⁷⁶⁷ Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 76ff. Vgl. auch Lehr, Psychologie des Alterns, S. 320f; Jonas, Pro Alter (Kuratorium Deutsche Altershilfe) 2006, 58, 60ff. Vgl. darüber hinaus § 11 II Nr. 2 HeimG. Demnach darf ein Heim nur betrieben werden, wenn der Träger sicherstellt, "dass die Zahl der Beschäftigten und ihre persönliche und fachliche Eignung für die von ihnen zu leistende Tätigkeit ausreicht".

Maßnahmen. Je besser das Personal pflegerisch qualifiziert sei, umso weniger komme es zu freiheitsentziehenden Maßnahmen in Altenpflegeheimen.⁷⁶⁸

Daneben gibt es zahlreiche Quellen aus der Pflegewissenschaft, die auf im weitesten Sinne technische Hilfsmittel verweisen, mit denen freiheitsentziehende Maßnahmen in der Pflege vermieden werden können: Hüftprotektoren⁷⁶⁹ federn bei Stürzen ab und schützen vor Verletzungen. Aus absenkbaren Betten und Bettnestern⁷⁷⁰, bei denen die Matratze des Heimbewohners auf den Boden gelegt wird, kann selbst der quirligste Altenheimbewohner nicht stürzen. Diskutiert werden darüber hinaus die Auswirkungen der Architektur des Altenheims sowie der Inneneinrichtung.⁷⁷¹ Pflege ohne freiheitsentziehende Maßnahmen liegt oftmals ein multifaktorieller Ansatz zugrunde. Häufig geht es nicht nur darum, das Stürzen zu verhindern, sondern auch den Sturzfolgen vorzubeugen und durch Schulung der Motorik die Bewegung sicherer zu machen. Im Falle von "Weglauftendenzen" wird versucht, den Heimbewohnern Anreize zu schaffen, "freiwillig" im Pflegeheim zu verweilen.⁷⁷² Eine Erklärung, warum man überhaupt Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen erforscht, ist schnell gefunden: Wie bereits aufgezeigt, sind die Belastungen der Heimbewohner durch freiheitsentziehende Maßnahmen hoch. Freiheitsentziehende Maßnahmen beeinträchtigen erheblich die Psyche der Betroffenen. Speziell Fixierungen führen darüber hinaus zu Quetschungen und Nervenverletzungen, sogar Todesfälle sind bekannt.⁷⁷³ Hinzu kommt, dass freiheitsentziehende Maßnahmen selbst zu ihrer eigenen Anwendung mit beitragen, da sie den Abbau an Mobilität der Betroffenen weiter beschleunigen und damit Sturzrisiken erhöhen.⁷⁷⁴ Im Idealfall können all diese negativen Folgen freiheitsentziehender Maßnahmen durch Alternativen vermieden werden. Auch der Makel, Mittel zur Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB zu sein, trifft sie nicht,

⁷⁶⁸ Vgl. Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 80.

⁷⁶⁹ Kritisch dazu: Lutterbeck, Pflege-&Krankenhausrecht 2004, 85, 90.

⁷⁷⁰ Müller-Jentsch, SZ vom 23.08.2005.

⁷⁷¹ Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung (BMGS) (Hrsg.) / Kuratorium Deutsche Altershilfe, Umstrukturierung stationärer Einrichtungen - Unter besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse von Menschen mit Demenz, 2004.

⁷⁷² Vgl. dazu auch die Ausführungen von Bauer (Richter am AmtsG Frankfurt/M.), demnach Freiheitsentziehende Maßnahmen bei unruhigen Patienten durch "motorisches Ausagieren" - Beschäftigungstherapie, Spaziergänge, etc. - vermieden werden können: AmtsG Frankfurt/M, Beschl. v. 26.08.1988 - 40 VIII B 27574, FamRZ 1988, 1209, 1211.

⁷⁷³ ARD, Todesfälle Pflegeheim - Warum alte Menschen ersticken, Report Mainz, 06.02.2006; Mittler, SZ vom 02.06.2006; Mohsenian, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 266; Pedal, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1996, 180. Vgl. auch Fünftes Kapitel, B. II. 2. b. cc).

⁷⁷⁴ Hamers, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, 19, 22.

sofern bei ihnen die Bewegungsfreiheit des Heimbewohners tatsächlich erhalten bleibt.⁷⁷⁵ Dennoch konnten sich die Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen bisher in der Pflegepraxis kaum durchsetzen. Es gibt zwar Pilotprojekte,⁷⁷⁶ einer flächendeckenden Verbreitung stehen aber vor allem die höheren Kosten einer Pflege ohne freiheitsentziehende Maßnahmen entgegen.⁷⁷⁷ So bleiben mehr und besser geschultes Personal und die erwähnten technischen Hilfsmittel vielerorts eine Utopie. Wenn aber freiheitsentziehende Maßnahmen, so wie man es nach Schumacher vertreten könnte, wegen möglicher Alternativen keine erforderlichen Eingriffe im Sinne des § 34 StGB sind, steigt das Risiko einer Strafbarkeit des ausführenden Personals nach § 239 I StGB erheblich an. Hier könnte Strafrecht letztendlich ein Druckmittel sein, um die Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen in der Pflegepraxis stärker zum Einsatz zu bringen.⁷⁷⁸

II. Die Erforderlichkeit im Sinne des § 34 StGB

Sicherlich wäre der flächendeckende Gebrauch der genannten Pflege Techniken wünschenswert, sollten sich die Ergebnisse der ersten Pilotstudien weiter verfestigen. Ein rechtlich relevanter Grund aber, um freiheitsentziehenden Maßnahmen die Notwehrtauglichkeit abzusprechen, ist damit noch nicht gefunden. Dieser kann nur der Vorschrift selbst entstammen. Die Wahl eines geeigneten und zugleich des mildesten Mittels sind hier die Vorgaben des § 34 StGB.

1. Geeignetheit im Sinne des § 34 StGB

Die erste Frage dieser Erforderlichkeitsprognose ist die Geeignetheit.⁷⁷⁹ Sind die aufgezeigten Alternativen besser geeignet als die herkömmlichen freiheitsentziehenden Maßnahmen, um Heimbewohner in ihrer Gesundheit zu schützen? Es gilt, ihre tatsächliche Tauglichkeit zu ermitteln. Dies ist Aufgabe der Pflegewissenschaft. Wie bereits erwähnt, gibt es Pilotprojekte

⁷⁷⁵ Vgl. Viertes Kapitel, B. II.

⁷⁷⁶ Graupner, SZ vom 11.06.2006. Vgl. auch Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung (BMGS) (Hrsg.) / Kuratorium Deutsche Altershilfe, Umstrukturierung stationärer Einrichtungen - Unter besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse von Menschen mit Demenz, 2004.

⁷⁷⁷ Bereits bei Ewers, FamRZ 1993, 853, 854.

⁷⁷⁸ In der zivilrechtlichen Rechtsprechung ist aber darüber hinaus anerkannt, "dass Heime lediglich solche Maßnahmen schulden, die mit zumutbarem finanziellem und personellem Aufwand erreicht werden können", s. Rechtsprechungsübersicht bei: Lang, NZV 2005, 124, 126. Vgl. auch Gastiger, Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, S. 64f.

⁷⁷⁹ S. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 110; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 214; Lenckner, FS für Lackner, 95, 97 und 100.

über eine Pflege ohne freiheitsentziehende Maßnahmen. Aussagekräftig sind sie in diesem Zusammenhang aber noch nicht, denn bisher fehlen vergleichende Studien über die Risiken einer Pflege mit und ohne freiheitsentziehende Maßnahmen. Aber auch ohne weitere Studien ist aus rechtlicher Sicht zumindest eines sicher: Die Geeignetheit bestimmt sich anhand der gegebenen Umstände.⁷⁸⁰ Ein solcher Umstand ist die Verfügbarkeit von Alternativen. Sind Alternativen nicht verfügbar, sind sie im rechtlichen Sinne ungeeignet dazu, die Gesundheit der Heimbewohner zu schützen. In anderen Worten sind freiheitsentziehende Mittel, die im Pflegeheim vorhanden sind und auf die das Personal im konkreten Fall sofort zurückgreifen kann, geeigneter als mögliche technischen Alternativen, die erst angeschafft werden müssten. Theoretische Alternativen stellen die Geeignetheit freiheitsentziehender Maßnahmen deshalb nicht in Frage.

Diese Feststellung bezieht sich auf das Pflegepersonal. Teil der Beurteilung der Umstände ist es auch, die handelnden Personen einzubeziehen.⁷⁸¹ Das Pflegepersonal kann der Gefahr nur schwer abhelfen, wenn Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen fehlen. Deshalb wird bei Beurteilung ihrer Lage eine freiheitsentziehende Maßnahme oftmals sogar das einzig geeignete Mittel sein. Anderes kann für die Heimleitung gelten. Sie kann Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen einführen. Beurteilt man die Umstände also aus Sicht der Heimleitung, avancieren die Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen möglicherweise zu mindestens ebenso geeigneten Mitteln.⁷⁸² Darauf sei hier deutlich hingewiesen. Die Rechtswidrigkeit ist personalisiert.⁷⁸³ Eine weitere Untersuchung dessen ist hier jedoch kaum von juristischer Bedeutung. Grund dafür ist das Akzessorietätsprinzip.⁷⁸⁴ Nach §§ 26, 27 StGB bedarf die Teilnahme an einer Freiheitsberaubung und jeder anderen Straftat, dass der Täter rechtswidrig handelt. Täter wäre hier das Pflegepersonal, es führt die freiheitsentziehende Maßnahme aus. Teilnehmer daran wäre die Heimleitung unter den Voraussetzungen von Anstiftung oder Beihilfe. Mit der Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung des Pflegepersonals entfällt in diesem Fall aber auch eine Strafbarkeit der Heimleitung. Nur wenn im Einzelfall die Heimleitung als Mittäter gemäß § 25 II StGB an einer Freiheitsberaubung durch das Pflegepersonal beteiligt ist, kann eine solch differenzierende Betrachtung der Erforderlichkeit bedeutsam werden.

⁷⁸⁰ Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 110; LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 50.

⁷⁸¹ Sog. "Personaler Rechtswidrigkeitsbegriff", vgl.: Holzhauser, FuR 1992, 249.

⁷⁸² Vgl. dazu auch AmtsG Frankfurt/M, Beschl. v. 26.08.1988 - 40 VIII B 27574, FamRZ 1988, 1209, 1211.

⁷⁸³ Holzhauser, FuR 1992, 249.

⁷⁸⁴ S. dazu etwa: Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 380f; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 655f.

2. Das rechtlich mildeste Mittel nach § 34 StGB am Beispiel einer Sitzwache

Die zweite Frage der Erforderlichkeitsprognose ist die nach dem relativ mildesten Mittel.⁷⁸⁵ Fraglich ist, ob die Alternativen die mildereren Mittel gegenüber den freiheitsentziehenden Maßnahmen sind. Zunächst scheint diese Frage leicht zu beantworten. Die Belastungen für die Betroffenen bei freiheitsentziehenden Maßnahmen sind hoch. Gerade um sie zu senken, werden Alternativen entwickelt. Bereits von ihrem Ansatz her sind diese Alternativen dazu gedacht, die mildereren Mittel zu sein.⁷⁸⁶ Jedoch ist die Frage nach dem mildesten Mittel eine normative.⁷⁸⁷ Es geht darum, was nach Maßstäben des Rechts das kleinste Übel ist.⁷⁸⁸ Hierbei werden noch weitere Faktoren bedeutsam, die auch über die Sphäre des Betroffenen hinausreichen.⁷⁸⁹

Welche Faktoren dabei zu beachten sind lässt sich am Beispiel einer Sitzwache veranschaulichen. Gerade anhand der Sitzwache wird von Schumacher darauf hingewiesen, dass ihr gegenüber freiheitsentziehende Maßnahmen kein nach § 34 StGB erforderliches Mittel sein können.⁷⁹⁰

Bei einer Sitzwache ist eine Pflegekraft ständig am Bett der Betroffenen. Sie kann dabei auf Wünsche der Heimbewohnerin unmittelbar reagieren, Handreichungen können direkt erledigt werden, Gespräche sind möglich. Bei einer solchen Betreuung sinkt zum einen für die Heimbewohnerin der Anreiz, sich "selbst auf die Beine machen zu müssen", zum anderen kann bei ungewollten Bewegungen, etwa einem drohenden Sturz aus dem Bett, sofort geholfen werden. Auf Fixierungen, Bettgitter oder andere freiheitsentziehende Maßnahmen kann dabei weitgehend verzichtet werden. Eine Sitzwache ist außerdem ansich immer verfügbar, sie muss nicht erst wie die anderen, technischen Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen angeschafft werden. Die Einwände des Geeignetseins laufen für sie leer. Dennoch bleibt eine solche Sitzwache meist nur schwerkranken und sterbenden Heimbewohnerinnen vorbehalten.⁷⁹¹ Längere Sitzwachen kann das Pflegepersonal

⁷⁸⁵ S. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 215; Lenckner, FS für Lackner, 95, 100.

⁷⁸⁶ Vgl. Graupner, SZ vom 11.06.2006.

⁷⁸⁷ Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 219; Lenckner, FS für Lackner, 95, 101. Vgl. auch Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 217.

⁷⁸⁸ Lenckner, FS für Lackner, 95, 101.

⁷⁸⁹ Vgl. Lenckner, FS für Lackner, 95, 101ff. Vgl. auch LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 52; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 217.

⁷⁹⁰ Schumacher, FS für Wessels, 431, 448. Vgl. darüber hinaus: OLG Hamm, Beschl. v. 22.06.1993 - ZS, 15 W 145/93, FamRZ 1993, 1490, 1492f.

⁷⁹¹ Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 429.

praktisch nicht leisten. Der Grund dafür ist bekannt: Es gibt in Altenheimen weit weniger Personal, als dass jeder Heimbewohner durch eine Pflegekraft versorgt werden könnte.⁷⁹² Während einer Sitzwache des Pflegepersonals bleiben andere Heimbewohner unversorgt. Die Entscheidung gegen eine Sitzwache und womöglich für den Einsatz freiheitsentziehender Maßnahmen wird also keinesfalls willkürlich getroffen. Es ist eine Entscheidung zugunsten der Übrigen, der Mehrzahl der Heimbewohner. Dies lässt durchaus bezweifeln, ob eine Sitzwache gegenüber einer Fixierung oder einer anderen freiheitsentziehenden Maßnahmen immer das mildere Mittel ist.

Das Pflegepersonal unterliegt bei dieser Entscheidung aus rechtlicher Sicht zwei Pflichten: Es handelt sich zum einen um die Pflicht, es zu unterlassen, der Heimbewohnerin freiheitsentziehende Maßnahmen aufzuzwingen, weil damit eine tatbestandliche Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB vorliegt. Eine solche Pflicht folgt aus einer allgemeinen Unterlassenspflicht, nicht zu handeln, wenn damit der Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht wird.⁷⁹³ Zum anderen steht das Pflegepersonal in der Pflicht gegenüber den übrigen Heimbewohnern. Das Pflegepersonal ist ihr Garant im Sinne des § 13 I StGB. Als Garant ist das Pflegepersonal verpflichtet, immer dann einzuschreiten, wenn die Verletzung eines Rechtsguts seitens der Heimbewohner droht, sofern das Rechtsgut durch einen Straftatbestand geschützt ist. Hier hat das Pflegepersonal eine Handlungspflicht.⁷⁹⁴ Das Problem der Unterlassens- und Handlungspflicht ist nun, dass das Pflegepersonal unter Umständen nicht beiden Pflichten nachkommen kann. So hindert die Sitzwache die Pflegekraft daran, andere Heimbewohner zu umsorgen. Die Pflegekraft verletzt damit möglicherweise ihre Handlungspflicht, sollte eine andere Heimbewohnerin in Gefahr geraten. Kommt ihr die Pflegekraft jedoch zur Hilfe und nimmt statt der Sitzwache eine freiheitsentziehende Maßnahme bei der anderen Heimbewohnerin vor, verletzt die Pflegekraft ihre Unterlassenspflicht, sollte die freiheitsentziehende Maßnahme den Tatbestand der Freiheitsberaubung verwirklichen. Egal wie sich das Pflegepersonal entscheidet, es verletzt einer seiner Pflichten.⁷⁹⁵ Welche Pflichtverletzung aus rechtlicher Sicht dabei eher in Kauf zu nehmen ist, ist nicht pauschal zu beurteilen. Zwischen Handlungs- der Unterlassenspflicht

⁷⁹² S. dazu: AmtsG Frankfurt/M, Beschl. v. 26.08.1988 - 40 VIII B 27574, FamRZ 1988, 1209, 1210.

⁷⁹³ Vgl. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 227f; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 601.

⁷⁹⁴ Vgl. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 228; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 606.

⁷⁹⁵ Vgl. dazu auch Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 572; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 365f.

gibt es allgemein keinen zwangsläufigen Vorrang einer der beiden Pflichten.⁷⁹⁶ Es ist dabei unter den konkreten Umständen des Einzelfalles abzuwägen.⁷⁹⁷ Die Frage nach einer vorrangigen Pflicht des Pflegepersonals schließt sich hier der Frage nach dem mildesten Mittel an. Es sind Teile derselben Interessenabwägung.

Es sind Situationen vorstellbar, in denen die Unterlassenspflicht des Personals durchaus überwiegen kann, also die Pflicht, keine freiheitsentziehenden Maßnahmen vorzunehmen und stattdessen bei der Heimbewohnerin zu bleiben. Bedenkt man die rechtliche Ausrichtung⁷⁹⁸ des Begriffs des mildesten Mittels im Rahmen des § 34 StGB, sind genau dies die Situationen, in denen die Sitzwache für alle Beteiligten das rechtlich kleinere Übel ist. Für eine Sitzwache ist etwa zu entscheiden, wenn freiheitsentziehende Maßnahmen für den Betroffenen lebensgefährlich sind. Dies ist zum Beispiel bereits bei einer Fixierung der Fall, wenn sie nur unsachgemäß durchgeführt werden kann, weil Fixiergurte beschädigt sind oder zusätzliche Bettgitter fehlen.⁷⁹⁹ Dies dürfte aber nur selten der Fall sein. Trifft dies jedoch zu, erhöht sich die Unterlassenspflicht wesentlich: Schutz der Fortbewegungsfreiheit und darüber hinaus Schutz des Lebens der Heimbewohnerin verpflichten das Pflegepersonal; es gilt nun nicht mehr, es "nur" zu unterlassen, den Tatbestand der Freiheitsberaubung zu verwirklichen. Es gilt auch zu unterlassen, das Leben der Bewohnerin zu gefährden, eines der gewichtigsten Rechtsgüter, wenn nicht sogar das Wichtigste überhaupt.⁸⁰⁰ Eine daraus resultierende Unterlassenspflicht wiegt entsprechend schwer, auch wenn es sich, wie hier, nur um eine "Gefahr" handelt. Es gilt daher, dass je höher das Risiko für das Leben des Betroffenen durch eine freiheitsentziehende Maßnahme ist, desto stärker ist die Pflicht dies zu unterlassen, und desto eher überwiegt die Pflicht zur Vornahme einer Sitzwache bei einem Einzelnen der Handlungspflicht gegenüber anderen Heimbewohnern.

Eine Lebensgefahr durch freiheitsentziehende Maßnahmen ist die Ausnahme. In der Regel ist das Verhältnis umgekehrt. Es überwiegt die Handlungs- gegenüber der Unterlassenspflicht.

⁷⁹⁶ S. Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 366. Der grundsätzliche Vorrang einer Unterlassenspflicht (s. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 228.) besteht bei einer Garantenpflicht zu einem Handeln nicht mehr. Hier kann gerade die Handlungspflicht vorrangig sein, s. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 229.

⁷⁹⁷ Vgl. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 229f. S. auch Wolfslast, Juristische Methoden der Güterabwägung, in: Güterabwägung in der Medizin, S. 73, 74.

⁷⁹⁸ Lenckner, FS für Lackner, 95, 101.

⁷⁹⁹ Kreuels, Die Fixierung von A-Z, Ein Stationsleitfaden, S. 20.

⁸⁰⁰ S. "Grundsatz des absoluten Lebensschutzes": Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 112; Wessels/Hettinger, BT Teil/1, S. 1. S. auch BVerfGE 7, 377, 405. Vgl. auch Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 223; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 363.

Dies ist auf die folgende Überlegung zurückzuführen: Jemand verursacht eine Gefahr. Zunächst wird man versuchen, diese Person selbst heranzuziehen, um die Gefahr zu beseitigen. Nur wenn dies fehlschlägt, greift man auf unbeteiligte Dritte zurück. Bekannt ist dieses Prinzip aus dem Verwaltungs- bzw. Polizeirecht. Primär ist gegen Störer einzuschreiten, nur subsidiär gegen einen Nichtstörer.⁸⁰¹ Auch im Strafrecht findet man dieses Prinzip wieder. Bei der Geeignetheit des Mittels im Rahmen des § 34 StGB gilt grundsätzlich dasjenige Mittel als das mildere, das aus der Sphäre desjenigen stammt, der die Notstandslage verursacht.⁸⁰² Eine Gefahr ist intern zu bereinigen. Eigene Risiken sollten daher selbst getragen und nicht auf andere abgewälzt werden, so die allgemeine Ansicht weiter.⁸⁰³ Eine Ausnahme besteht nur, wenn der Einsatz eigener Mittel unverhältnismäßig gegenüber einem Rückgriff auf Unbeteiligte ist.⁸⁰⁴ All dies finden wir in der vorliegenden Problematik wieder. Der Heimbewohner selbst ist die Ursache der Notstandslage. Eine freiheitsentziehende Maßnahme beseitigt diese Gefahr. Dabei greift sie nur in die Sphäre dieses Heimbewohners ein. Eine Sitzwache hingegen würde auch andere Heimbewohner betreffen. Sie blieben währenddessen betreuungslos. Damit wären sie durch die Notstandslage des einzelnen schlechter gestellt, obwohl sie an der Gefahr unbeteiligt sind. Nach dem Störerprinzip gilt daher: Wenn eine Sitzwache andere Heimbewohner belastet, ist eine Sitzwache grundsätzlich gegenüber freiheitsentziehenden Maßnahmen nicht das mildere Mittel. Es überwiegt zugleich die Handlungspflicht des Personals, die übrigen Heimbewohner zu versorgen. Die Ausnahme dessen ist der Fall, wie zuvor dargestellt, dass Heimbewohner unter Umständen durch freiheitsentziehende Maßnahmen in Lebensgefahr geraten könnten.⁸⁰⁵ Eine solche Selbstaufopferung des Einzelnen wäre unverhältnismäßig gegenüber einer weit weniger gravierenden Belastung Unbeteiligter, hier der übrigen Heimbewohner.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass eine Fixierung nicht nur aufgrund der Umstände des Heimbetriebes gegenüber einer Sitzwache das mildere Mittel im Sinne des § 34 StGB sein kann. Auch die Situation einer Sitzwache selbst gibt Anlass dazu. Ihre positiven

⁸⁰¹ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S., 171. S. auch Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. 82ff.

⁸⁰² Lenckner, FS für Lackner, 95, 105 und 107. Prinzip findet sich auch in der Unterscheidung zwischen defensiven und aggressiven Notstand in den §§ 228 und 904 BGB wieder, s.: Lampe, NJW 1968, 88, 91ff. Siehe auch Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 215 und 217.

⁸⁰³ Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 220; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 362; Lenckner, FS für Lackner, 95, 107; Lampe, NJW 1968, 88, 91.

⁸⁰⁴ Lenckner, FS für Lackner, 95, 105ff.

⁸⁰⁵ Vgl. etwa Mittler, SZ vom 02.06.2006; Mohsenian, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, 266; Pedal, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1996, 180.

Eigenschaften wurden bereits eingangs aufgezeigt und oftmals wird daher eine Sitzwache als eine besonders humane Pflegemaßnahme angesehen.⁸⁰⁶ Dabei sollte aber nicht verkannt werden, dass ihre zunächst unbestreitbaren positiven Aspekte sich auch ins Gegenteil verkehren können: Präsenz des Pflegepersonals geht einher mit Überwachung und Kontrolle und damit einer Beeinträchtigung der privaten Lebensentfaltung der Heimbewohner.⁸⁰⁷ Die totale Überwachung durch eine Sitzwache nimmt dann jegliche Privatsphäre. Unter diesem Aspekt kann eine Sitzwache durchaus auch als eine Form einer Freiheitsentziehung angesehen werden.

III. Fazit

Weitere Faktoren können im Einzelfall relevant werden, für die Suche nach dem mildesten Mittel im Rahmen der Erforderlichkeit des § 34 StGB. Wichtig dabei ist, dass auch Faktoren ausschlaggebend sein können, die über das Interesse des tatbestandsmäßigen Opfers hinausreichen. Es geht darum, einen gemeinsamen Nenner zu finden zwischen den Interessen Einzelner und denen der übrigen Heimbewohner, des Pflegepersonals und anderer Beteiligter. Dies ist dann das mildeste Mittel.

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass freiheitsentziehende Maßnahmen durchaus erforderlich sein können im Sinne des § 34 StGB. Unter Umständen sind sie sogar die geeigneteren und die mildereren Mittel gegenüber den Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen. Der These Schumachers ist daher zu widersprechen, pauschal freiheitsentziehende Maßnahmen als nicht nach § 34 StGB erforderlich anzusehen, weil die persönliche Intervention bzw. Begleitung durch das Pflegepersonal ein milderes Mittel darstellt. Es ist eine Frage des Einzelfalls und aus der ex ante Sicht des Pflegepersonals abzuwägen. Neben der Verfügbarkeit von Alternativen sind dabei die Fürsorgepflichten gegenüber den anderen Heimbewohnern zu beachten.

Darüber hinaus gilt es unter dem Vorbehalt der gleichen Geeignetheit die Wahl zwischen Alternativen und freiheitsentziehenden Maßnahmen weiter auszudifferenzieren.⁸⁰⁸ So können freiheitsentziehende Maßnahmen ihrerseits sehr vielfältig in Anwendung und Wirkung

⁸⁰⁶ Vgl. etwa Köther, Altenpflege in Ausbildung und Praxis, S. 429.

⁸⁰⁷ Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 22.06.1993 - ZS, 15 W 145/93, FamRZ 1993, 1490, 1493. S. auch MünchKommBGB-Schwab, § 1906 BGB, Rn. 49.

⁸⁰⁸ S. auch Ewers, FamRZ 1993, 853.

sein.⁸⁰⁹ Fixierungen wie auch verschlossene Stationstüren sind zum Beispiel beides freiheitsentziehende Maßnahmen, sie unterscheiden sich aber wesentlich in dem für den Betroffenen verbleibenden Bewegungsraum; Fixierungen sind insofern die stärker einschneidenden Mittel. Dennoch kann eine Fixierung im Einzelfall die erforderliche Maßnahme im Sinne des § 34 StGB sein.⁸¹⁰ Hier lassen sich die in diesem Abschnitt gewonnenen Erkenntnisse übertragen. Demnach kann auch eine für den Betroffenen als besonders intensiv einzustufende freiheitsentziehende Maßnahme wegen Notstands im Ergebnis gerechtfertigt sein.

B. Die These der unabwägbaren Autonomie

Freiheitsentziehende Maßnahmen sind Zwang. Sie greifen in die Selbstbestimmung der Heimbewohner über die Wahl ihres Aufenthaltsortes ein. Deshalb verwirklichen sie den Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB.⁸¹¹ Alle zuvor erörterten Rechtfertigungsgründe stehen dazu in engem Zusammenhang. Betreuungsrecht und mutmaßliche Einwilligung schöpfen ihre Legitimation daraus, dass sie dem vermeintlichen Willen des Betroffenen zur Umsetzung verhelfen. Zwang ist unter diesen Umständen abgemildert. Das Pflegepersonal versucht in diesen Fällen zumindest nach dem Willen des Betroffenen zu handeln, der aktuell nicht zu einer Willensäußerung in der Lage ist. Umgekehrt verhält es sich bei § 34 StGB. Wegen der Konkurrenz der Rechtfertigungsgründe kommt § 34 StGB zum einen nur in Betracht, wenn ein mutmaßlicher Wille des Betroffenen nicht erkennbar ist oder gegebenenfalls die Verständigung mit seinem Betreuer noch aussteht, zum anderen im Falle einwilligungsfähiger Heimbewohner, die freiheitsentziehende Maßnahmen ablehnen⁸¹². Für eine Rechtfertigung nach § 34 StGB verbleiben also die Fälle, in denen freiheitsentziehende Maßnahmen am stärksten in die Selbstbestimmung der Heimbewohner eingreifen.

Man könnte der Ansicht sein, dass ein solcher Zwang gegenüber den Betroffenen generell nicht nach § 34 StGB zu rechtfertigen ist. Anzusetzen ist dabei bei der Interessenabwägung

⁸⁰⁹ Vgl. hierzu auch die Kategorisierung Freiheitsentziehender Maßnahmen, Erstes Kapitel, E. I., s. ferner die Übersicht bei: Walther, BtPrax 2005, 214.

⁸¹⁰ Interessant in diesem Zusammenhang auch eine laufende Studie des ZfP Weißenau, ob eine Fixierung sogar gegenüber einer Isolierung für den Betroffenen weniger belastend ist: Bergk/Steinert, Der Nervenarzt 2004, 216 und S. 395.

⁸¹¹ S. Drittes Kapitel, C. III. 3. und Viertes Kapitel, B. I.

⁸¹² Andernfalls wäre bereits der Tatbestand der Freiheitsberaubung nicht erfüllt, vgl. Viertes Kapitel, B. I.

des § 34 StGB.⁸¹³ Eine Rechtfertigung kommt demnach nur in Betracht, wenn das Interesse, weshalb der Täter das Opfer verletzt, das Interesse an der Integrität des Opfers wesentlich überwiegt.⁸¹⁴ Hier steht gegenüber dem Zwang das Interesse, die Heimbewohnerin in ihrer Gesundheit und ihrem Leben vor Risiken zu schützen. Ob das Interesse an der körperlichen Integrität einer Heimbewohnerin, selbst ihres Lebens, hier ihre Selbstbestimmung wesentlich (!) überwiegen kann, ist nach den bisherigen Erörterungen sicherlich sehr zweifelhaft.⁸¹⁵ Es ist vor allem auf die grundlegende Maxime der Patientenautonomie zu verweisen,⁸¹⁶ die für Heimbewohner entsprechend gilt. Nach der Maxime der Patientenautonomie verbieten sich jegliche Zwangshandlungen.⁸¹⁷ Selbst den Schutz des eigenen Lebens mag die Patientenautonomie übertreffen können.⁸¹⁸ Umgekehrt ist es daher umso schwerer vorstellbar, dass im Einzelfall der Schutz des Lebens oder die Gesundheit die Patientenautonomie gar wesentlich überwiegen. Die Bedeutung, die die Patientenautonomie erreicht hat,⁸¹⁹ könnte ein guter Grund dafür sein, zu vertreten, dass eine Interessenabwägung im Rahmen des § 34 StGB nie zugunsten von freiheitsentziehenden Maßnahmen ausfallen kann.

Diese Argumentation wird zweifellos in vielen Fällen zu dem richtigen Ergebnis führen: Es obsiegt die Selbstbestimmung! Dennoch sind Ausnahmen möglich. Genauer gesagt handelt es sich in diesen Fällen nicht einmal um Ausnahmen von der Regel, sondern sie sind in der Regel nach § 34 StGB gerade angelegt. Es geht hier um das Verständnis der Interessenabwägung des § 34 StGB. Ein Vorgehen wie zuvor, das Abwägen zwischen Selbstbestimmung und körperlicher Integrität, ist eine reine Güterabwägung.⁸²⁰ Die Interessenabwägung nach § 34 StGB geht darüber hinaus.⁸²¹ Die Güterabwägung ist dabei nur ein Indiz, das bedeutendste wohlgemerkt, sie beeinflusst die Interessenabwägung, nimmt ihr

⁸¹³ Vgl. zum Unterschied zwischen einer Interessen- und einer Güterabwägung: Grebing, GA 1979, 81, 89.

⁸¹⁴ Vgl. dazu auch Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 220f; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 219; Lenckner, FS für Lackner, 95, 102f.

⁸¹⁵ Vgl. dazu auch LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 76.

⁸¹⁶ S. insbesondere: Schmidt/Wolfslast, DMW 2002, 634, 634ff. Vgl. auch Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, S. 10f; Wolfslast, Juristische Aspekte der Diagnose und Therapie psychischer Störungen, in: Psychiatrie, S. 847, 847 und 856.

⁸¹⁷ S. LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 68; Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, S. 533; Schmidt/Wolfslast, DMW 2002, 634, 634; Wolfslast, Deutsche Krankenpflegezeitschrift 1989, 241, 242.

⁸¹⁸ Interessanterweise wird demgegenüber bei einer Suizidproblematik vertreten, dass eine Freiheitsberaubung zum Schutz des Lebens nach § 34 StGB gerechtfertigt sein könne, vgl. dazu auch Wolfslast, R&P 1986, 127, 130.

⁸¹⁹ Vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 28.04.2005 - III ZR 399/04, NJW 2005, 1937. Sowie: Lang, NJW 2005, 1905, 1906.

⁸²⁰ Darauf stützte sich auch das RG in der erstmaligen Anerkennung eines zum damaligen Zeitpunkt noch übergesetzlichen Notstand: RGSt, 61, 242ff.

⁸²¹ Wolfslast, Juristische Methoden der Güterabwägung, in: Güterabwägung in der Medizin, S. 73, 77.

Ergebnis aber nicht vorweg.⁸²² Im Einzelfall kann deshalb einem noch innerhalb der Güterabwägung unterlegenem Rechtsgut letztendlich das wesentlich überwiegende Interesse gebühren.⁸²³

Welche Interessen dabei relevant werden, ist anhand des konkreten Falles zu entscheiden.⁸²⁴ Die betroffenen Interessen zu suchen und abzuwägen gleicht dabei in vielerlei Hinsicht dem, was bereits zuvor im Rahmen der Erforderlichkeit nach § 34 StGB für die Wahl des mildesten Mittels angeführt wurde.⁸²⁵ Es gibt jedoch zwei beachtliche Unterschiede: Erstens werden bei der Interessenabwägung keine möglichen Mittel miteinander verglichen, sondern die Wahl ist bereits zugunsten des mildesten Mittels getroffen.⁸²⁶ Dessen Nutzen gilt es nun der Tatbestandsverletzung gegenüberzustellen. Zweitens erfordert die Interessenabwägung, anders als die Erforderlichkeit, nicht nur ein bloß überwiegendes Interesse, sondern ein *wesentlich* überwiegendes Interesse.⁸²⁷

Dies bedeutet für die vorliegende Problematik: Die Güterabwägung als das wichtigste Indiz der Interessenabwägung nach § 34 StGB ergibt zumindest, dass die körperliche Integrität die Selbstbestimmung nicht wesentlich überwiegen kann. Fraglich ist nun, ob es weitere Interessen gibt, die den freiheitsentziehenden Maßnahmen über die körperliche Integrität hinaus zu einem wesentlichen Überwiegen gegenüber der Selbstbestimmung des Betroffenen verhelfen können.

I. Zwang gegen einwilligungsunfähige Heimbewohner

Einer der beiden verbleibenden möglichen Anwendungsbereiche des § 34 StGB für freiheitsentziehende Maßnahmen betrifft einwilligungsunfähige Heimbewohner. Es sind insbesondere Situationen, in denen Heimbewohner nicht ansprechbar sind,⁸²⁸ kein mutmaßlicher Wille ermittelt werden kann oder im Falle eines Betreuungsverhältnisses die

⁸²² S. LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 53 und 58; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 220f; Lenckner, FS für Lackner, 95, 102.

⁸²³ LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 53; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 362; Wolfslast, Juristische Methoden der Güterabwägung, in: Güterabwägung in der Medizin, S. 73, 77; Lenckner, FS für Lackner, 95, 103.

⁸²⁴ LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 53; Lenckner, FS für Lackner, 95, 103.

⁸²⁵ S. Sechstes Kapitel, A., II., 2.

⁸²⁶ Lenckner, FS für Lackner, 95, 102.

⁸²⁷ LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 76; Lenckner, FS für Lackner, 95, 102.

Rücksprache mit dem Betreuer noch aussteht. Es sind vorübergehende Situationen, gleich einer Warte- oder Übergangszeit. In diesen Fällen kann es gut möglich sein, dass das Interesse an einer freiheitsentziehenden Maßnahme den Schutz der Selbstbestimmung des Betroffenen sogar wesentlich überwiegt.

Unter diesen Umständen bleiben freiheitsentziehende Maßnahmen zwar Zwangshandlungen. Diesem Zwang wird aber aus rechtlicher Sicht geringere Bedeutung beigemessen.

In der Regel handelt es sich dabei um Zwang im weiteren Sinne⁸²⁹. Es fehlt an der Zustimmung des Betroffenen. Dies macht die Maßnahme zu einem Zwang. Es kommt dabei aber zu keinerlei Abwehrreaktionen. Überhaupt ist unsicher, ob gegen den Willen des Betroffenen gehandelt wird. Man kann es zu diesem Zeitpunkt schlichtweg weder feststellen noch mutmaßen. Die Annahme von Zwang ist hier sehr formal. Das Interesse an der Selbstbestimmung büßt hier seine Vehemenz etwas ein.

Die Zwangsintensität kann sich darüber hinaus steigern. Einwilligungsunfähigkeit betrifft nur zu einem Teil Heimbewohner, die lethargisch sind, die generell gegenüber freiheitsentziehenden Maßnahmen keine Abwehrreaktion aufzeigen. In anderen Situationen wehren sich Heimbewohner, das Pflegepersonal bricht mit Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen einen sich manifestierenden entgegenstehenden Willen; kurz: es übt Gewalt aus.⁸³⁰ Man bezeichnet dies als Zwang im engeren Sinne.⁸³¹ Einwilligungsfähigkeit ist dabei nicht mit Willensfähigkeit gleichzusetzen.⁸³² Auch Personen, die in einer Situation einwilligungsunfähig sind, können "willens" sein. Diesen Willen nennt man natürlichen Willen.⁸³³ Der natürliche Wille ist Bestandteil der Terminologie. Damit erschöpft sich hier

⁸²⁸ Ausnahmsweise kann in diesen Fällen bereits der Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB ausgeschlossen sein: Fehlt jegliche Willensfähigkeit des Betroffenen, dann fehlt es an dem für die Verwirklichung des Tatbestandes notwendigen Zwangselements gegen das Opfer. Vgl. Kapitel Zwei.

⁸²⁹ Zwang im weiteren Sinne beschreibt einen Eingriff ohne Einverständnis, Zwang im engeren Sinne einen Eingriff zusätzlich gegen den betätigten Abwehrwillen des Betroffenen. Dies beruht auf der Systematik des § 1910 III BGB a.F., s. dazu Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1318. Vgl. auch BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277.

⁸³⁰ Vgl. Amelung, Zwangsbehandlung, rechtlich, in: Lexikon der Bioethik, S. 806, 806.

⁸³¹ Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1320.

⁸³² Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 145.

⁸³³ S. Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 144f.

bereits seine rechtliche Relevanz.⁸³⁴ Es sind an ihn keine weiteren Konsequenzen geknüpft. Ein Beispiel dafür wurde bereits angeführt, es entstammt dem Betreuungsrecht: Die Vertretung des Betreuten durch den Betreuer gemäß § 1902 BGB ist in Angelegenheiten der Personensorge zwar abhängig von der Einwilligungsunfähigkeit des Betreuten, ist dies der Fall, kann der Betreuer aber einen verbleibenden natürlichen Willen des Betreuten bezwingen.⁸³⁵ Zwang des natürlichen Willens ist aus rechtlicher Sicht kein Tabu. Nicht der natürliche Wille, sondern die Einwilligungsfähigkeit ist Grenzstein für den Wert der Selbstbestimmung.⁸³⁶

Auf freiheitsentziehende Maßnahmen an Einwilligungsunfähigen wurde bereits bei der Begrenzung der Sperrwirkung einer Rechtfertigung nach dem Betreuungsrecht eingegangen.⁸³⁷ Argumente, die dabei aufgegriffen wurden, sind hier übertragbar; auch sie mehrten das Interesse, freiheitsentziehende Maßnahmen anzuwenden: Wenn freiheitsentziehende Maßnahmen die Selbstbestimmung vorübergehend verletzen, so dienen sie ihr doch auf Dauer gesehen, denn sie gewinnen Zeit. Es ist die Zeit, in der das Pflegepersonal mit dem Betreuer Rücksprache halten kann oder selbst einen mutmaßlichen Willen des Betroffenen ermittelt. Danach lässt sich eine freiheitsentziehende Maßnahmen jederzeit beenden, sollte ein entgegenstehender und beachtenswerter Wille des Betroffenen bekannt werden. Eine mögliche Verletzung hingegen, durch einen Verzicht auf freiheitsentziehende Maßnahmen, wäre nicht zu revidieren.⁸³⁸

Auch gilt hier, was auf jede medizinische Behandlung zutrifft: Dass dem Betroffenen aktuell keine Einwilligung möglich ist, darf ihn nicht von solchen Maßnahmen ausschließen.⁸³⁹ Selbstverständlich muss es möglich sein, dass der Schutz durch medizinische Behandlung sowie durch freiheitsentziehende Maßnahmen dem Betroffenen auch zu Teil werden kann.

⁸³⁴ S. Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1319. Zu beachten ist aber seine Bedeutung im Rahmen des tatbestandsausschließenden Einverständnisses in § 239 I StGB, s. Viertes Kapitel, B. I. 1.

⁸³⁵ S. Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 157. Vgl. dazu auch Wolfslast, Deutsche Krankenpflegezeitschrift 1989, 241, 243.

⁸³⁶ Vgl. auch Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1319; Wolfslast, Juristische Aspekte der Diagnose und Therapie psychischer Störungen, in: Psychiatrie, S. 847, 847f.

⁸³⁷ Fünftes Kapitel, B. II. 2. b).

⁸³⁸ Fünftes Kapitel, B. II. 2. b). cc).

⁸³⁹ Vgl. bereits BT-Dr.11/4528, S. 71ff.

Diese Gründe stärken das Interesse an der Vornahme freiheitsentziehender Maßnahmen unter den gegebenen Umständen. Die Gewichtung der Interessenabwägung im Sinne des § 34 StGB ändert sich. Das Interesse am Schutz der Selbstbestimmung wird zurückgedrängt. Die aufgezeigten Interessen können daher im Einzelfall freiheitsentziehenden Maßnahmen zum Schutz der körperlichen Integrität zu einem wesentlichen Überwiegenden im Sinne des § 34 StGB verhelfen. Sollte aber das Informationsdefizit über den Willen der Heimbewohnerin enden, etwa dadurch, dass ihr Betreuer erreicht wird, sonstwie ihr mutmaßlicher Wille bekannt wird oder sie sich sogar selbst äußern kann, ist die Situation neu zu beurteilen: Die Sperrwirkung in diesem Fall möglicher und vorrangiger anderer Rechtfertigungsgründe⁸⁴⁰ verwehrt ein Fortdauern der Rechtfertigung nach § 34 StGB, oder aber es stellt sich die Frage, ob freiheitsentziehende Maßnahmen auch ausnahmsweise gegen den Willen einer einwilligungsfähigen Heimbewohnerin fortgeführt werden können.

II. Zwang gegen einwilligungsfähige Heimbewohner

Die aufgezeigten Rechtfertigungsgründe neben § 34 StGB betreffen ausschließlich Fälle, in denen Heimbewohner im Moment der Vornahme freiheitsentziehender Maßnahme vorübergehend oder dauerhaft einwilligungsunfähig sind. Ist die Heimbewohnerin einwilligungsfähig, überschneidet sich der Anwendungsbereich des § 34 StGB daher nicht mit anderen, spezielleren Rechtfertigungsgründen, ganz gleich ob sie unter rechtlicher Betreuung steht oder nicht. Die besonders prekäre Situation ist also § 34 StGB vorbehalten: Freiheitsentziehende Maßnahmen an Heimbewohnern, die ein solches Eingreifen ablehnen und dabei einwilligungsfähig sind. Die Ausgangsüberlegung der unabwägbaren Autonomie kommt hierbei voll zum Tragen: Wenn Heimbewohner geistig klar und aufgeklärt freiheitsentziehenden Maßnahmen widersprechen, dann ist es nur schwerlich vorstellbar, dass eine dabei an ihnen verwirklichte Freiheitsberaubung nach § 34 StGB gerechtfertigt sein könnte. Auch führt dies die Konkurrenz der Rechtfertigungsgründe konsequent weiter. So ist § 34 StGB verdrängt, wenn ein mutmaßlicher Wille des Betroffenen erkennbar ist.⁸⁴¹ Erst recht muss eine Rechtfertigung nach § 34 StGB ausgeschlossen sein, wenn der Heimbewohner freiheitsentziehende Maßnahmen ausdrücklich ablehnt.

⁸⁴⁰ Fünftes Kapitel, B. II.

⁸⁴¹ Fünftes Kapitel, B. II. 3.

Da es sich im Rahmen des § 34 StGB um keine Güter- sondern um eine Interessenabwägung handelt,⁸⁴² ist es zumindest theoretisch möglich, dass eine freiheitsentziehende Maßnahme gegen den ausdrücklichen Willen einer Heimbewohnerin im überwiegenden Interesse liegt und so einer Rechtfertigung nach § 34 StGB zugänglich ist. Eine solche Interessenlage ist außerhalb des klassischen Altenheimbetriebes sogar nahe liegend. Dies trifft insbesondere auf die Psychiatrie zu. Ein beachtlicher Anteil von freiheitsentziehenden Maßnahmen im Bereich der Psychiatrie geschieht zum Schutz Dritter. Freiheitsentziehende Maßnahmen dienen dort dazu, andere Personen und deren Sachgüter vor dem Betroffenen zu schützen. Hierin kann ein die Selbstbestimmung überwiegendes Interesse liegen. Gegebenenfalls ist eine Notwehr gemäß § 32 StGB zu bejahen, womit prinzipiell gänzlich auf eine Güter- oder Interessenabwägung verzichtet werden kann. Dies ist zugleich ein Indiz dafür, wie hoch das Interesse am Schutz Dritter wiegt.⁸⁴³ Zu solchen drittschützenden freiheitsentziehenden Maßnahmen wie in der Psychiatrie kommt es jedoch für gewöhnlich in einem Altenpflegeheim nicht.⁸⁴⁴ Selbst ein mittelbarer Drittschutz ist zu vernachlässigen. Gemeint ist damit die Abwägung, wie sie zuvor bei der Erforderlichkeit freiheitsentziehender Maßnahmen getroffen wurde: Die Wahl zwischen einer Sitzwache oder einer freiheitsentziehenden Maßnahme wirkt sich auf die Versorgung anderer Heimbewohner aus.⁸⁴⁵ Bei der Interessenabwägung im Sinne des § 34 StGB spielt dies keine Rolle mehr. Das Mittel ist gewählt und Alternativen sind damit gleichgültig. Freiheitsentziehende Maßnahmen zu unterlassen, bedeutet daher nicht, andere Pflegemaßnahmen zu erwägen, die den Heimbetrieb wahrscheinlich mehr belasten. Bei reiner Selbstgefährdung ist es sozusagen eine Abwägung im Binnenbereich. Ein überwiegendes Interesse wird hier, wenn überhaupt möglich, in der Sphäre der betroffenen Heimbewohnerin zu suchen sein.

Als einziger Ansatzpunkt verbleibt das Interesse an der Selbstbestimmung zu bedenken. Generell kann ihr Stellenwert in der vorliegenden Problematik zumindest ein wenig relativiert werden. Die herausragende Bedeutung der Selbstbestimmung oder Patientenautonomie entstammt der Debatte um medizinische Zwangsbehandlungen.⁸⁴⁶ Zwangsbehandlungen sind oftmals intensiver als freiheitsentziehende Maßnahmen, denn der Wille des Betroffenen wird

⁸⁴² LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. 53; Lenckner, FS für Lackner, 95, 103.

⁸⁴³ Vgl. auch: Wolfslast, Deutsche Krankenpflegezeitschrift 1989, 241, 244.

⁸⁴⁴ S. Erstes Kapitel, C.

⁸⁴⁵ S. Sechstes Kapitel, A. II. 2.

⁸⁴⁶ Vgl. etwa Schmidt/Wolfslast, DMW 2002, 634.

in zweierlei Hinsicht gebrochen. Es kommt zum Eingriff in die Bewegungsfreiheit noch ein Eingriff in die körperliche Integrität hinzu. Die Zwangswirkung ist deshalb meist höher und steigert entsprechend das Schutzinteresse. Medizinische Zwangsbehandlungen und freiheitsentziehende Maßnahmen können daher nicht gänzlich gleichgesetzt werden, wenn das Interesse an der Selbstbestimmung auszuloten ist.⁸⁴⁷

Eine weitere Abschwächung des Gewichts der Selbstbestimmung in der vorliegenden Problematik ergibt sich aus der Einzelfallbetrachtung. Die Interessenabwägung im Sinne des § 34 StGB ist anhand des konkreten Einzelfalls vorzunehmen. Es ist die Selbstbestimmung der betroffenen Heimbewohnerin, die es abzuwägen gilt. Selbstbestimmung ist dabei nicht gleich Selbstbestimmung. Sie weist ein breites Spektrum auf. Nicht immer ist es offensichtlich, dass Heimbewohner geistig klar und aufgeklärt freiheitsentziehenden Maßnahmen nicht zustimmen. Ihre Einwilligungsfähigkeit kann unter Umständen angezweifelt werden. Zwischen der Fähigkeit und der Unfähigkeit, eine Einwilligung zu erteilen, existiert ein Grenzbereich. Die Überlegung ist nun, dass einer insofern anzweifelbaren Selbstbestimmung nicht dasselbe Interesse zu Teil werden kann, wie es bei voller Selbstbestimmung der Fall ist.

Ob dies jedoch zu einem wesentlichen (!) Überwiegen des Interesses an freiheitsentziehenden Maßnahmen beitragen kann, ist unwahrscheinlich. Heimbewohner haben die Freiheit dazu, freiheitsentziehende Maßnahmen abzulehnen. Alleine aus deren Ablehnung heraus lassen sich keine maßgeblichen Schlüsse ziehen. Dies gilt auch dann, wenn ein solcher Wille als unvernünftig erscheinen mag, etwa wenn ein hohes Sturzrisiko in Kauf genommen wird. Eine Ablehnung impliziert keine gestörte Einwilligungsfähigkeit.⁸⁴⁸ So wie die höchstrichterliche Rechtsprechung⁸⁴⁹ die Freiheit zur Krankheit propagiert,⁸⁵⁰ gilt auch hier die Freiheit zur Ablehnung freiheitsentziehender Maßnahmen.

Darüber hinaus werden Mängel in der Selbstbestimmung des Einwilligenden in der Dogmatik von Aufklärung und Einwilligung mit einer gewissen Selbstverständlichkeit hingenommen. Natürlich wird Einwilligungsfähigkeit für eine wirksame Einwilligung

⁸⁴⁷ Vgl. dazu auch Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1321.

⁸⁴⁸ S. Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1318f.

⁸⁴⁹ U.a. BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277, 1278; BGH, Beschl. v. 11.10.2000 - XII ZB 69/00, NJW 2001, 888, 890; BVerfG, Urt. v. 07.10.1981 - 2 BvR 1194/80, BVerfGE 58 (in Auszügen auch in: NJW 1982, 691ff), 208.

vorausgesetzt. Weitere Standards sind jedoch rar.⁸⁵¹ So zeigen Tests zur Einwilligung in medizinische Eingriffe, dass ein Teil der Patienten bereits nach kurzer Zeit die wesentlichen Informationen aus einem Aufklärungsgespräch nicht mehr wiedergeben können; sie haben sie vergessen oder missverstanden.⁸⁵² Unter solchen Umständen drohen Aufklärung und Einwilligung bloß ein formaler Akt zu sein. Aber welche Anforderungen sind andererseits an das Verständnis des Patienten zu stellen? Der Eindruck bleibt, dass eine vermeintlich volle Selbstbestimmung die Ausnahme ist, und umgekehrt, dass gewisse Zweifel an der Selbstbestimmung Normalität sind.⁸⁵³ Einer wirksamen Einwilligung steht dies jedoch nicht entgegen, schon gar nicht ist an dem Erfordernis von Aufklärung und Einwilligung zu rütteln. Vielmehr ist dies ein Signal dafür, die Anforderungen an die Selbstbestimmung nicht überzustrapazieren. Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit sind daher erst einmal kein Grund dafür, den geäußerten Willen einer Heimbewohnerin zu übergehen. Schutz ihrer Selbstbestimmung bleibt ein überaus starkes Interesse. Hinzu kommt, dass die Sachverhalte freiheitsentziehender Maßnahme für den Betroffenen meist leichter verständlich sind, als es etwa bei medizinischen Eingriffen wie Operationen der Fall ist, und deshalb weniger Missverständnisse zu erwarten sind.

Alles in allem mag es der konsequentere Weg sein, dass freiheitsentziehende Maßnahmen gegen den ausdrücklichen Willen einer Heimbewohnerin niemals nach § 34 StGB gerechtfertigt sein können, also auch nicht in Ausnahmefällen. Ein solch pauschaler Weg ist dennoch der falsche Ansatz, wie Fälle zeigen, in denen Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit der Heimbewohner bestehen. Es ist sicherlich nur einer Ausnahmesituation vorbehalten, dass das Interesse an freiheitsentziehenden Maßnahmen eine solche, anzweifelbare Selbstbestimmung im Sinne des § 34 StGB wesentlich überwiegen kann. Eine solche Ausnahme aber zuzulassen ist unbedingt geboten.

Es ist im gewissen Sinne eine vergleichbare Situation: einmal, dass das Pflegepersonal an der Einwilligungsfähigkeit einer Heimbewohnerin zweifelt, die ihre Ablehnung zum Ausdruck bringt, zum anderen, dass bei einer betreuten und zweifellos einwilligungsunfähigen Heimbewohnerin deren mutmaßlicher Wille noch nicht geklärt

⁸⁵⁰ Vgl. dazu auch Wolfslast, MedR 1992, 41, 42.

⁸⁵¹ Auch schwerlich möglich, da die Einwilligung abhängig vom Einzuwilligenden ist, s. Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 149f.

⁸⁵² Klima/Hein/Hube, et al., Der Chirurg 2005, 398, 401ff.

werden konnte. Beiden Fällen ist gemein, dass der Wille der Heimbewohnerin für das Pflegepersonal nicht sicher festzustellen ist. Es wurde zuvor aufgezeigt, wie stark dabei das Interesse für eine freiheitsentziehende Maßnahme sein kann: Durch freiheitsentziehende Maßnahmen wird Zeit gewonnen, sich des Willens der Betroffenen zu versichern, unter weitaus geringerer Verletzungsgefahr, als auf sie zu verzichten.⁸⁵⁴ Diesem Interesse nachzugehen muss auch hier möglich sein. Die Interessenlage gleicht sich zu sehr, als dass eine Ungleichbehandlung zu begründen wäre.

Unterstützt wird damit die Bemühung, das Pflegepersonal in den strafrechtlichen Folgen seiner Entscheidung zu entlasten. Die Frage der Einwilligungsfähigkeit der Heimbewohnerin kann überaus bedeutsam werden. Sie entscheidet unter Umständen alleine darüber, ob sich das Pflegepersonal durch freiheitsentziehende Maßnahmen wegen Freiheitsberaubung strafbar macht. Dies gilt jedoch nur, wenn eine Rechtfertigung nach § 34 StGB die Einwilligungsunfähigkeit der Heimbewohnerin voraussetzt.⁸⁵⁵ Festhalten an zweifelloser Einwilligungsunfähigkeit steigerte daher das Strafbarkeitsrisiko für das Pflegepersonal. Bedenkt man, dass sich die Begutachtung der Einwilligungsfähigkeit als äußerst diffizil darstellen kann, erscheint es unbillig, würde man alleine daran in Zweifelsfällen die Strafbarkeit des Pflegepersonals festmachen.

Nicht zuletzt erfolgt die Interessenabwägung des Notstands aus ex ante Sicht.⁸⁵⁶ Ein sich im Nachhinein abzeichnendes Fehlurteil revidiert diese Abwägung also nicht mehr. Dem entspricht es, hier dem Pflegepersonal eine Einschätzungsprärogative zuzugestehen. Schließlich ist es das Pflegepersonal, das in der Situation vor Ort ist, es kennt die Heimbewohner, und es steht in akuter Verantwortung zu entscheiden. Diese Entscheidung ist im Zweifelsfall keine klar alternative Entscheidung. Es gibt einen Grenzbereich. Einwilligungsfähigkeit und -unfähigkeit gehen ineinander über. In diesem Bereich mag das Interesse an einer freiheitsentziehenden Maßnahme bereits überwiegen können, auch wenn formal eine Einwilligungsunfähigkeit noch nicht begutachtet ist.

⁸⁵³ Vgl. darüber hinaus zur Selbstbestimmung in der Psychiatrie: Payk, Freiheit und Zwang in der Psychiatrie, in: Ethik in der Medizin, S. 195, 196.

⁸⁵⁴ Fünftes Kapitel, II. 2. b) cc).

⁸⁵⁵ Zugunsten des Pflegepersonals kann darüber hinaus gegebenenfalls von einem beachtlichen Irrtum ausgegangen werden. Der Irrtum über die Einwilligungsfähigkeit, sollte dies einzig einer Rechtfertigung nach § 34 StGB entgegenstehen, entspricht dabei einem Erlaubnistatbestandsirrtum.

⁸⁵⁶ Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 109; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 214; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 361; Lenckner, FS für Lackner, 95, 98f.

III. Fazit

Summa summarum eröffnet sich ein Spielraum, dass im Einzelfall die Interessenabwägung im Sinne des § 34 StGB auch zugunsten Freiheitsentziehender Maßnahme ausfallen kann.⁸⁵⁷ § 34 StGB ist deshalb nicht pauschal auszuschließen, wenn auch ein *wesentliches* Überwiegen gegenüber dem Recht auf Selbstbestimmung nur schwerlich möglich ist. Eine Rechtfertigung freiheitsentziehender Maßnahmen nach § 34 StGB bleibt die Ausnahme. Es bestehen die Einschränkungen des Anwendungsbereiches durch die Konkurrenz zu anderen Rechtfertigungsgründen.⁸⁵⁸ Nun kommt hinzu, dass eine Rechtfertigung nach § 34 StGB grundsätzlich nur bei einwilligungsunfähigen Heimbewohnern möglich ist. In diesem Fall kann die verbleibende, eingeschränkte Selbstbestimmung durch das Interesse an Leben und Gesundheit wesentlich überwogen werden. Vergleichbar dazu ist die Interessenlage, wenn erhebliche Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit von Heimbewohnern bestehen. Auch dann können ausnahmsweise freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 34 StGB gerechtfertigt sein. Notstand ist hier solchen Fällen vorbehalten, in denen aufgrund der Gefahr für Heimbewohner vom Pflegepersonal eine umgehende Entscheidung abverlangt wird, gleich ob sie sich in der Zukunft als Fehleinschätzung herausstellt.

C. Zusammenfassung

Ohne Einverständnis erfüllen die meisten freiheitsentziehenden Maßnahmen an Heimbewohnern den Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB.⁸⁵⁹ Daraus folgt noch nicht, dass sich das Pflegepersonal bei ihrer Ausführung auch tatsächlich strafbar macht. Die Freiheitsberaubung kann gerechtfertigt sein. In den ganz überwiegenden Fällen Freiheitsentziehender Maßnahmen in Altenheimen wegen Eigengefährdung der Betroffenen sind dabei die folgenden Rechtfertigungsgründe zu prüfen: Aus dem Betreuungsrecht vor allem § 1902 BGB, weiter eine mutmaßliche Einwilligung des Betroffenen und schließlich § 34 StGB. Welcher Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt, ist anhand der Umstände des konkreten Falls zu entscheiden. Nützlich dabei ist es, an dieser Stelle eine Vorauswahl zu treffen. Die Gemeinsamkeiten der Rechtfertigungsgründe und deren Konkurrenz schaffen ein System. Ausgangspunkt dessen sind die Heimbewohner. An ihnen orientiert es sich, ob und

⁸⁵⁷ So auch aus der Perspektive des Zivilrechts: Lutterbeck, Pflege-&Krankenhausrecht 2004, 85, 89.

⁸⁵⁸ Fünftes Kapitel, B. II.

⁸⁵⁹ S. Zweites Kapitel, E. und Viertes Kapitel, B. I.

welcher der Rechtfertigungsgründe überhaupt dem Handeln des Pflegepersonal zur Straffreiheit verhelfen kann:

- Eine Heimbewohnerin ist geistig klar und äußert ihre Ablehnung gegen eine freiheitsentziehende Maßnahme. In diesem Fall kann kein Rechtfertigungsgrund eine Freiheitsberaubung durch eine freiheitsentziehende Maßnahme legitimieren. Dies trifft selbst dann zu, sollte die Heimbewohnerin unter rechtlicher Betreuung stehen und sowohl Betreuer und Vormundschaftsrichter die Maßnahme gemäß §§ 1902, 1906 IV BGB angeordnet und genehmigt haben. Für das Pflegepersonal ergibt sich daraus die folgende Konsequenz: Erwägt es freiheitsentziehende Maßnahmen, ist an erster Stelle die Betroffene einzubeziehen. Ihre Willensäußerung ist die Maßgabe, wie zu verfahren ist. Stimmt sie freiheitsentziehenden Maßnahmen zu, entfällt das Risiko einer Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung für das Pflegepersonal. Das Einverständnis schließt bereits den Tatbestand des § 239 I StGB aus. Lehnt sie ab, wird aber dennoch eine Freiheitsentziehende Maßnahme vorgenommen, ist diese dann tatbestandliche Freiheitsberaubung auch rechtswidrig. Volle Selbstbestimmung ist nicht zu relativieren.
- Die Heimbewohnerin einzubeziehen scheitert, weil sie einwilligungsunfähig ist. Mit der Einwilligungsunfähigkeit eröffnet sich nun die Möglichkeit, dass eine Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen gerechtfertigt sein kann. Entscheidend dabei ist, ob ein rechtliches Betreuungsverhältnis besteht, bei dem nach § 1896 II BGB das Anordnen freiheitsentziehender Maßnahmen zu den Aufgaben des Betreuers zählt. Wenn ja, kann gemäß § 1902 BGB alleine die Einwilligung des Betreuers in die Vornahme der freiheitsentziehenden Maßnahme das Pflegepersonal rechtfertigen. Andere Rechtfertigungsgründe sind in dieser Konstellation ausgeschlossen. Ein eigenmächtiges Handeln des Pflegepersonals ist rechtswidrig. Eine Ausnahme besteht nur, solange der Betreuer telefonisch nicht erreicht wurde. Für das Pflegepersonal folgt daraus, dass bei einer freiheitsentziehenden Maßnahme an einer einwilligungsunfähigen Heimbewohnerin festzustellen ist, ob ein rechtliches Betreuungsverhältnis besteht.
- Ist die Heimbewohnerin einwilligungsunfähig und besteht kein Betreuungsverhältnis oder besteht ein Betreuungsverhältnis, bei dem aber freiheitsentziehende Maßnahmen nicht zu

den Aufgaben des Betreuers nach § 1896 II BGB zählen,⁸⁶⁰ kommt als Rechtfertigungsgrund eine mutmaßliche Einwilligung in Betracht. Findet das Pflegepersonal Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Willen der Heimbewohnerin, ist dem zu entsprechen: Eine erwünschte freiheitsentziehende Maßnahme ist gerechtfertigt. Erschließt sich aber, dass die Heimbewohnerin mit freiheitsentziehenden Maßnahmen nicht einverstanden ist, ist deren Vornahme Freiheitsberaubung und nicht rechtfertigbar. Auch ein Rückgriff auf § 34 StGB ist ausgeschlossen. Um mehr Sicherheit hinsichtlich des mutmaßlichen Willens zu gewinnen, empfiehlt es sich für das Pflegepersonal, sich frühzeitig mit Heimbewohnern über freiheitsentziehende Maßnahmen zu verständigen.

- Zeigen sich dem Pflegepersonal keinerlei Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Willen, kommt Notstand gemäß § 34 StGB in Betracht. Dies setzt natürlich grundsätzlich voraus, dass die Heimbewohnerin weder einwilligungsfähig ist oder noch unter rechtlicher Betreuung steht. In dieser Situation entscheidet das Pflegepersonal aus rechtlicher Sicht erstmals in letzter Verantwortung selbst über eine freiheitsentziehende Maßnahme. Das Pflegepersonal unterliegt nun nicht mehr dem Willen des Heimbewohners oder eines Betreuers. Es verliert die damit verbundene Sicherheit. Stattdessen muss es selbst prüfen, ob die Voraussetzungen eines Notstandes nach § 34 StGB vorliegen.
- Eine Heimbewohnerin lehnt freiheitsentziehende Maßnahmen ab, es bestehen aber erhebliche Zweifel an ihrer Einwilligungsfähigkeit. Ob hier eine Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen gerechtfertigt sein kann, hängt in hohem Maße von den Umständen des Einzelfalles ab. Als Rechtfertigungsgrund kommt Notstand gemäß § 34 StGB in Betracht. Entscheidend ist dabei vor allem die Interessenabwägung. Eine freiheitsentziehende Maßnahme muss sich auf ein Interesse stützen können, das die Selbstbestimmung wesentlich überwiegt. Dies ist ein äußerst schwieriges Unterfangen, bedenkt man zum einen den Stellenwert der Patientenautonomie, und zum anderen dass es sich um reine Selbstgefährdung der Heimbewohnerin handelt. Da das Pflegepersonal im Rahmen des § 34 StGB für die Interessenabwägung einsteht, sollte es daher hier besonders behutsam vorgehen: Im Interesse der Gesundheit der Heimbewohnerin zu handeln ist obligatorisch, hier muss ergänzend das Interesse bestehen, den mit freiheitsentziehenden Maßnahmen gewonnene Status quo zu nutzen, um sich des Willens der Heimbewohnerin

⁸⁶⁰ Vgl. dazu auch Fünftes Kapitel, B. I. 1. b) aa).

sicher zu werden. Unter Umständen sind dann die freiheitsentziehenden Maßnahmen zu beenden oder auf die anderen, vorrangigen Rechtfertigungsgründe zurückzugreifen.

Siebttes Kapitel: Legitimierung privater Freiheitsentziehungen auf Dauer

Art. 104 I, II, 2 II 2 GG⁸⁶¹ kann ein weiterer Aspekt sein, der bei der Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen zu bedenken ist. Art. 104 I, II, 2 II 2 GG verbürgt das Grundrecht auf Bewegungsfreiheit eines jeden Menschen.⁸⁶² Freiheitsentziehende Maßnahmen verletzen die Bewegungsfreiheit. Ihrer Intensität nach sind sie in der Regel Freiheitsentziehungen im Sinne des Art. 104 II GG.⁸⁶³ Damit beginnt die Problematik. Freiheitsentziehungen sind nämlich nach Art. 104 I, II GG nur legal, wenn sie aufgrund eines Gesetzes erfolgen, und wenn ein Richter sie genehmigt. Vergleicht man nun diese Voraussetzungen mit den zuvor erörterten Rechtfertigungsgründen, so fällt insbesondere auf, dass bei einer mutmaßlichen Einwilligung und bei § 34 StGB eine richterliche Genehmigung keine Rolle spielt. Es unterscheiden sich hier die Rechtfertigungsgründe des Pflegepersonals von dem Grundrecht der Heimbewohner aus Art. 104 I, II GG. Eine Begründung dafür ist schnell gefunden: Sie liegt in der klassischen Funktion der Grundrechte und so auch des Art. 104 GG. Grundrechte sind Abwehrrechte ausschließlich gegen staatliches Handeln.⁸⁶⁴ Das Pflegepersonal handelt insofern als "Privatperson". Es ist demnach nicht Subjekt des Art. 104 GG und unterfällt deshalb auch nicht dessen Anforderungen.⁸⁶⁵ Eine solche Begründung übergeht aber zwei wichtige Aspekte. Wie bereits geschildert sind freiheitsentziehende Maßnahmen in Pflegeheimen nicht immer ausschließlich private Freiheitsentziehungen,⁸⁶⁶ nämlich nicht in den Fällen, in denen eine Heimbewohnerin unter Betreuung steht und der Betreuer innerhalb seines Aufgabenbereiches in die freiheitsentziehende Maßnahme einwilligt. Der Betreuer ist wie das Pflegepersonal zwar kein Amtsträger. Nach ganz herrschender Ansicht ist der Betreuer aber einem Amtsträger gleichzustellen.⁸⁶⁷ Dies hat zur Folge, dass sich der Betreute ihm gegenüber unmittelbar auf seine Grundrechte berufen kann. Dadurch gewinnt eine freiheitsentziehende

⁸⁶¹ Art. 104 GG und Art. 2 GG stehen in einem systematischen Bezug: Art. 2 II 2 GG nennt die materiellen Grundrechtsgrenzen, Art. 104 I, II, III GG wiederholt, verstärkt und ergänzt sie in verfahrensrechtlicher Hinsicht, s. Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 21; Hantel, JuS 1990, 865, 866; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 11. Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren: Kracht, DVBl 1950, 517, 518f.

⁸⁶² Vgl. m.w.N. etwa: Hantel, JuS 1990, 865; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 16.

⁸⁶³ S. dazu auch: Erstes Kapitel, A.

⁸⁶⁴ Vgl. statt aller: Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 25ff.

⁸⁶⁵ Vgl. auch Sax, JZ 1959, 778; Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 2.

⁸⁶⁶ Erstes Kapitel, B. I. und D.

⁸⁶⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277, 1279; BGH, Beschl. v. 11.10.2000 - XII ZB 69/00, NJW 2001, 888, 891; BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in

Maßnahme an einem Heimbewohner, in die dessen Betreuer einwilligte, einen öffentlich-rechtlichen Charakter.⁸⁶⁸ Darüber hinaus ist an die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Verhältnis zwischen Privaten zu denken. Das BVerfG⁸⁶⁹ erhebt das Grundrecht der Bewegungsfreiheit nach Art. 104 GG zu einer "verfassungsrechtlichen Grundsatznorm", die eine "objektive Werteentscheidung" enthält, die für alle Bereiche des Rechts bindend ist. Dies bezeichnet man zusammenfassend als die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte.⁸⁷⁰ In diesem Sinne ist Art. 104 GG auch in den Fällen bedeutsam, in denen kein Betreuer beteiligt ist, freiheitsentziehende Maßnahmen also ausschließlich unter Privaten geschehen. Der Ansatz ist nun, beide Aspekte auch bei der Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen stärker zu berücksichtigen.

A. Vorüberlegung zu Grundrechten und der strafrechtlichen Rechtfertigung

Der Frage, wie sich Grundrechte auf das Strafrecht auswirken, wird in der Rechtsdogmatik ganz überwiegend anhand einzelner Aspekte nachgegangen.⁸⁷¹ Rar sind dagegen generelle Betrachtungen.⁸⁷² Dies trifft besonders auf das materielle Strafrecht zu, zu dem auch die Frage nach der Rechtswidrigkeit eines Handelns gehört. Die Auswirkungen von Art. 104 GG auf die Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung sind daher grundlegend klärungsbedürftig.

Strafrecht ist ein Teilgebiet des Öffentlichen Rechts.⁸⁷³ Das Öffentliche Recht impliziert sogar eine unmittelbare Bindung des Strafrechts an die Grundrechte. Im öffentlichen Recht geht es immer um das Verhältnis zwischen Trägern der öffentlichen Gewalt und einzelnen Privatrechtssubjekten, speziell den Bürgern. Hier fungieren die Grundrechte unmittelbar in ihrer klassischen Funktion als Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen. Dies spiegelt sich auch im Strafrecht wider.⁸⁷⁴ Auf der einen Seite steht die öffentliche Gewalt: Träger der Strafgewalt ist alleine der Staat als Repräsentant der Rechtsgemeinschaft.⁸⁷⁵ Auf der anderen Seite steht der Bürger, derjenige, in dessen Handlungsfreiheit der Staat mit Erlass von

Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 311ff., Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 3. Vgl. kritisch dazu: Lipp, BtPrax 2006, 62, 64; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 129ff.

⁸⁶⁸ Erstes Kapitel, B. IV.

⁸⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 322. Erstmals im sog. "Lüth-Urteil": BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 - 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

⁸⁷⁰ Vgl. Hofmann, NJW 1989, 3177, 3185.

⁸⁷¹ Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 4.

⁸⁷² Einzig soweit ersichtlich: Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht. Vgl. auch Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 283ff.

⁸⁷³ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 3; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 16.

⁸⁷⁴ S. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 3.

Straftatbeständen und gegebenenfalls mit Strafverfahren und Strafvollstreckung eingreift. Dem Staat gegenüber kann sich der Bürger unmittelbar auf seine Grundrechte berufen.

Vereinzelte finden sich Ausführungen, in denen auf der Ebene der Rechtswidrigkeit den Grundrechten Relevanz beigemessen wird: Grundrechte werden direkt als Rechtfertigungsgründe herangezogen⁸⁷⁶ und werden zugunsten des Täters bei Verhältnismäßigkeitsfragen berücksichtigt⁸⁷⁷. Offen bleibt dabei, auf welcher Grundlage dies geschieht. Es handelt es sich meist um Situationen, die Bürger untereinander betreffen, den Täter und das Opfer. Es fehlt das Bürger-Staat-Verhältnis als Merkmal des öffentlichen Rechts und der unmittelbaren Grundrechtsbindung; weder Täter noch Opfer können sich gegenüber dem Anderen auf ihre Grundrechte berufen. Es ist deshalb wiederum einzig die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten,⁸⁷⁸ an der eine Grundrechtsrelevanz der strafrechtlichen Rechtfertigung festzumachen ist, sofern kein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist. Mittelbare Drittwirkung ist also nicht nur eine Erscheinung im Zivilrecht, wo sie fast ausschließlich erörtert wird,⁸⁷⁹ sondern sie betrifft die gesamte Rechtsordnung.⁸⁸⁰ Im Strafrecht ist sie bei der Frage der Rechtfertigung auch das unabdingbare Konstrukt, um einen Rückgriff auf Grundrechte erklären zu können. Auf eine Besonderheit sei dabei noch hingewiesen: Wenn Grundrechte bei der strafrechtlichen Rechtfertigung erörtert werden, dann geschieht dies, soweit ersichtlich, immer zugunsten des Täters.⁸⁸¹ Im Folgenden ist es anders. Erwogen wird eine Auslegung von Rechtfertigungsgründen, die unter Umständen für den Täter nachteilig ist, weil sie die "Formfreiheit"⁸⁸² privater Freiheitsentziehungen beendet. Dies ist aber kein Hindernis für den Einfluss der Grundrechte. Es geht bei der Rechtswidrigkeit immer darum, einen Ausgleich zu schaffen, also die Interessen von Täter und Opfer zu berücksichtigen.⁸⁸³ Aus Sicht der Grundrechte liegt darin die Abwägung zwischen der Handlungsfreiheit des Täters aus Art. 2 I GG und der Bewegungsfreiheit des Opfers aus Art. 104 GG.

⁸⁷⁵ Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, S. 16.

⁸⁷⁶ Etwa Art. 4 I GG "Gewissensfreiheit", s. m.w.N.: Müller-Dietz, Gewissensfreiheit und Strafrecht, in: Einheit und Vielfalt des Strafrechts, S. 91, 94ff., Art. 5 III GG "Freiheit der Kunst", s. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 845. Vgl. zum ganzen: Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 283ff.

⁸⁷⁷ Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 37 und S.55.

⁸⁷⁸ Erstes Kapitel, B. II.

⁸⁷⁹ Vgl. etwa Erichsen, Jura 1996, 527, 529.

⁸⁸⁰ Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 4; Hofmann, NJW 1989, 3177, 3185.

⁸⁸¹ Vgl. Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 36ff.

⁸⁸² Gemeint ist damit, dass private Freiheitsentziehungen grundsätzlich ohne Beteiligung staatlicher Kontrolle legal sind, vgl. dazu insbesondere: BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 198ff.

B. Pflichten bei Rechtfertigung nach dem Betreuungsrecht

Bei der Frage der Rechtfertigung tatbestandlicher freiheitsentziehender Maßnahmen sind vor allem die vorrangigen betreuungsrechtlichen Rechtfertigungsgründe zu beachten.⁸⁸⁴ Eine Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1902 BGB zu rechtfertigen entspricht dabei zunächst in vielerlei Hinsicht den Anforderungen, die Art. 104 GG an Freiheitsentziehungen stellt: § 1902 BGB ist die gesetzliche Grundlage für den Eingriff.⁸⁸⁵ Es gibt den Vorbehalt eines Richters, denn eine Vertretungsmacht im Rahmen des § 1902 BGB über freiheitsentziehende Maßnahmen besteht nur, wenn dies ein Vormundschaftsrichter gemäß § 1896 II BGB ausdrücklich zu den Aufgaben des Betreuers bestimmt hat.⁸⁸⁶ Ergänzt wird § 1902 BGB in der vorliegenden Problematik durch § 1906 IV BGB. § 1906 IV BGB bestätigt die Vertretungsmacht des Betreuers speziell für Freiheitsentziehende Maßnahmen. Die Vorschrift regelt dabei nur besonders intensive Maßnahmen. Das sind diejenigen Freiheitsentziehenden Maßnahmen, die im Sinne des § 1906 IV BGB über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig erfolgen.⁸⁸⁷ § 1906 IV BGB ist hier eine spezielle Eingriffsgrundlage für den Betreuer, weil wegen der höheren Eingriffsintensität höhere Anforderungen an die Bestimmtheit der Eingriffsgrundlage bestehen, denen § 1902 BGB alleine nicht mehr genügt.⁸⁸⁸ Weiterhin statuiert § 1906 IV, II BGB für diese Maßnahmen eine zweite Kontrollbefugnis eines Vormundschaftsrichters: Willigt der Betreuer in Freiheitsentziehende Maßnahmen ein, die im Sinne dieser Vorschrift länger andauern oder regelmäßig erfolgen, so muss der Betreuer dies durch einen Vormundschaftsrichter genehmigen lassen. Der Vormundschaftsrichter begründet also nicht nur die Vertretungsmacht des Betreuers, den Betreuten bei der Einwilligung in Freiheitsentziehende Maßnahmen vertreten zu können, sondern kontrolliert darüber hinaus dessen Ausübung, wenn es sich um besonders intensive Eingriffe handelt.⁸⁸⁹ Hier war der Gesetzgeber sichtlich darum bemüht, den Anforderungen des Art. 104 GG Genüge zu tun.⁸⁹⁰ Dies ist auch erforderlich, schließlich kann der Betreute sich gegenüber dem Betreuer

⁸⁸³ S. Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 55. Vgl. auch Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), S. 616.

⁸⁸⁴ Fünftes Kapitel, B. II.

⁸⁸⁵ Fünftes Kapitel, B. I. 2.

⁸⁸⁶ Fünftes Kapitel, B. I. 1. b) aa).

⁸⁸⁷ Fünftes Kapitel, B. I. 1. b) bb).

⁸⁸⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277, 1280.

⁸⁸⁹ Vgl. auch Erstes Kapitel, B. III.

⁸⁹⁰ Vgl. BT-Dr.11/4528, S. 79ff.

unmittelbar auf Art. 104 GG berufen.⁸⁹¹ Verhält sich nun der Betreuer entsprechend den betreuungsrechtlichen Vorgaben, ergeben sich aus Sicht des Art. 104 GG keinerlei Einwände. Es bleibt dabei: Seine Einwilligung rechtfertigt es, wenn das Pflegepersonal eine Freiheitsberaubung an einer von ihm betreuten Heimbewohnerin begeht.

Fraglich ist hingegen, wie es zu beurteilen ist, wenn der Betreuer es unterlässt, eine Genehmigung des Betreuungsrichters einzuholen, obwohl es sich um eine längerandauernde Freiheitsentziehung im Sinne des § 1906 IV BGB handelt. Der Betreuer verletzt damit die betreuungsrechtlichen Vorgaben des § 1906 IV BGB. Er verletzt darüber hinaus das Grundrecht der Heimbewohnerin aus Art. 104 GG. Dies kann darin begründet sein, dass der Betreuer gegen den Richtervorbehalt nach Art. 104 II GG verstößt. Es ist nämlich zweifelhaft, ob bei solch intensiven Maßnahmen dem Richtervorbehalt damit Genüge getan ist, dass ein Richter den Betreuer im Rahmen der Aufgabenzuteilung nach § 1896 II BGB pauschal und zukünftig zur Vertretung bei freiheitsentziehenden Maßnahmen ermächtigt, also ohne genauere Kenntnis der Umstände der einzelnen Freiheitsentziehung. In jedem Fall steigen mit der höheren Intensität von freiheitsentziehenden Maßnahmen im Rahmen des § 1906 IV BGB die Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage. Dem kann § 1902 BGB alleine nicht mehr genügen. Hier muss § 1906 IV BGB hinzutreten.⁸⁹² Dies hat zur Folge, dass der Betreuer selbst verfassungswidrig handelt, wenn er eine freiheitsentziehende Maßnahme an seinem Betreuten vornimmt; er hat unter diesen Umständen keine Ermächtigung mehr zur Durchführung.⁸⁹³ Dennoch schlägt sich dies nicht zwangsläufig auf das Pflegepersonal nieder. Die Einwilligung des Betreuers in freiheitsentziehende Maßnahmen am Betreuten kann das Pflegepersonal weiterhin legitimieren.⁸⁹⁴ Ein Widerspruch, der hinzunehmen ist. Hier obsiegt der Gedanke der Rechtssicherheit zugunsten des Pflegepersonals.⁸⁹⁵ Das Pflegepersonal ist schutzwürdig. Es vertraut der Vertretungsmacht des Betreuers innerhalb seines Aufgabenkreises. Zum Ausdruck kommt dies in der Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis einer Vertretung.⁸⁹⁶ Verstößt der Betreuer gegen § 1906 IV BGB und als Folge davon gegen Art. 104 GG, betrifft

⁸⁹¹ BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277, 1279; BGH, Beschl. v. 11.10.2000 - XII ZB 69/00, NJW 2001, 888, 891; BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 311ff.

⁸⁹² Vgl. BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277, 1280.

⁸⁹³ Vgl. BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277, 1280.

⁸⁹⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 01.02.2006 - XII ZB 236/05, NJW 2006, 1277, 1280; Gernhuber, Familienrecht, S. 972; Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, S. 157.

⁸⁹⁵ So auch: Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 180.

⁸⁹⁶ Gernhuber, Familienrecht, S. 972. S. zur Systematik des § 1902 BGB auch Fünftes Kapitel, B., II.

dies das Verhältnis zu seinem Betreuten, das Innenverhältnis. Das Außenverhältnis, hier die Beziehung zwischen Pflegepersonal einerseits und dem Betreuer und Betreuten andererseits, bleibt davon in der Regel unberührt.⁸⁹⁷

Anderes gilt, wenn das Pflegepersonal die Vertretungsmacht des Betreuers anzweifelt und den Missstand im Innenverhältnis des Betreuers zum Betreuten kennt.⁸⁹⁸ Das Pflegepersonal verliert damit seine Schutzwürdigkeit. Dem gleichzustellen ist die Situation, dass das Pflegepersonal zwar den Missstand übersieht, der Missstand aber ganz offensichtlich vorliegt.⁸⁹⁹ Dies gilt bei der Betreuung, wie auch in jedem anderen Vertretungsverhältnis: Eine Kollusion von Betreuer und Dritten und die Evidenz der Überschreitung der Vertretungsmacht hindern eine wirksame Vertretung.⁹⁰⁰

Es folgt daraus: Stimmt der Betreuer für den Betreuten einer freiheitsentziehenden Maßnahme zu, legitimiert dies das Pflegepersonal nicht dauerhaft. Zunächst bleiben Mängel im Innenverhältnis zwischen Betreuer und Betreutem ohne Auswirkungen, etwa der Missstand, dass der Betreuer entgegen § 1906 IV, II BGB keine Genehmigung eines Betreuungsrichters einholt. Doch ein solcher Mangel setzt sich im Außenverhältnis fort, und er durchbricht die Vertretungsmacht des Betreuers spätestens in dem Augenblick, in dem der Mangel für das Pflegepersonal offensichtlich sein muss. Wann dies der Fall ist, ist eine Frage des Einzelfalles. Wissen um den Mangel bringt das Pflegepersonal sofort um seine Schutzwürdigkeit. Davon abgesehen, um von einem offensichtlichen Missstand und damit der Rechtswidrigkeit der tatbestandsmäßigen Freiheitsberaubung ausgehen zu können, muss aber zumindest ein Zeitraum von einer Woche deutlich überschritten sein, bedenkt man, dass nach einzelnen Ansichten⁹⁰¹ zu § 1906 IV BGB erst bei freiheitsentziehenden Maßnahmen ab einer Woche⁹⁰² das Vormundschaftsgericht einzuschalten ist.

Das Pflegepersonal sei gewarnt. Mit dem Enden der Vertretungsmacht des Betreuers endet die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung nach § 1902 BGB. Die Einwilligung des Betreuers garantiert seine Vertretungsmacht nur vorübergehend. Der

⁸⁹⁷ S. auch Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 184f.

⁸⁹⁸ Gernhuber, Familienrecht, S. 972; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 187f. Vgl. dazu auch Fünftes Kapitel, D. III.

⁸⁹⁹ Gernhuber, Familienrecht, S. 972; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 187.

⁹⁰⁰ Gernhuber, Familienrecht, S. 972.

⁹⁰¹ Vgl. Fünftes Kapitel, B. I. 1. b) bb).

⁹⁰² Dodegge, MDR 1992, 437, 438. M.w.N.: Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 75.

Betreuer selbst muss mehr tun. Er muss bei länger andauernden oder regelmäßigen Freiheitsentziehenden Maßnahmen nach § 1906 IV BGB eine weitere gerichtliche Genehmigung darüber einholen. Zwar besteht eine gewisse Übergangszeit, in der das Pflegepersonal in seinem Vertrauen auf die in wirksamer Vertretung erteilte Einwilligung des Betreuers schutzwürdig ist. Langfristig aber sollte sich das Pflegepersonal versichern, dass der Betreuer seinen betreuungsrechtlichen Pflichten gegenüber seinem Betreuten nachkommt. Nur so kann es selbst der rechtfertigenden Wirkung des Betreuungsrechts sicher sein.

C. Pflichten bei Rechtfertigung außerhalb des Betreuungsrechts

Eine eigene größere Verantwortung hat das Pflegepersonal für Heimbewohner, die nicht in einem rechtlichen Betreuungsverhältnis stehen. Weder Betreuer noch Betreuungsrichter nehmen hier Einfluss auf die Pflege. Es gibt hier kein originäres Verfahren, das eine freiheitsentziehende Maßnahme einer richterlichen Kontrolle zuführen könnte. Schließlich handelt es sich um private Freiheitsentziehungen, die nicht unmittelbar den Anforderungen des Art. 104 GG unterliegen.⁹⁰³ Das Pflegepersonal trägt dabei alleine das Risiko, ob eine mit der freiheitsentziehenden Maßnahme verbundene Freiheitsberaubung gerechtfertigt ist.

Die Situation ändert sich, sobald das Betreuungsgericht unter den Voraussetzungen des § 1896 BGB für die betreffende Heimbewohnerin einen Betreuer bestellt. Ein solches Verfahren kann Jedermann vor dem Amtsgericht anregen;⁹⁰⁴ der Betreuungsrichter entscheidet dann nach § 1896 I S.1 2. Alt. BGB von Amts wegen über die Betreuerbestellung.⁹⁰⁵ Wird eine Betreuung mit entsprechendem Aufgabenbereich eingerichtet, steht es dem Pflegepersonal offen, über das Betreuungsrecht die Legitimität weiterer freiheitsentziehender Maßnahmen zu erreichen.⁹⁰⁶ Der Betreuer ist nun in die Verantwortung für einen solchen Eingriff einbezogen, über ihn gegebenenfalls gemäß § 1906 IV BGB das Betreuungsgericht. Dieser Weg ist dem Pflegepersonal aus

⁹⁰³ S. Erstes Kapitel, B. I und D.

⁹⁰⁴ Die Weitergabe von Informationen über den Heimbewohner durch das Pflegepersonal oder die Heimleitung kann unter Umständen gegen § 203 StGB "Verletzung von Privatgeheimnissen" verstoßen. Kann der Heimbewohner dem selbst nicht zustimmen, dürfte auf der Ebene der Rechtswidrigkeit regelmäßig von seiner mutmaßlichen Einwilligung ausgegangen werden, dass eine Betreuung angestrebt wird, um gerade seinen Willen und sein Wohl durch den Betreuer durchzusetzen. Eine Möglichkeit ist es in diesem Zusammenhang auch, die Angehörigen des Betroffenen um Einleitung des Verfahrens zu bitten.

Auf jeden Fall sollten die Angehörigen über das Verfahren informiert werden, s. den Vorschlag eines Musterbriefes bei: Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 157.

⁹⁰⁵ HK-BUR-Bauer, § 1896 BGB, Rn. 14.

strafrechtlicher Sicht anzuraten. Sein Vorteil, der zumindest vorübergehend besteht, liegt in der Klarheit der Beteiligung des Betreuers. Der Betreuer stimmt freiheitsentziehenden Maßnahmen zu oder nicht, entsprechend handelt das Pflegepersonal. Dagegen kann im Einzelfall vor allem das Vorliegen der Anforderungen einer Rechtfertigung wegen eines Notstands nach § 34 StGB schwer zu beurteilen sein. Das Risiko trägt dann das Pflegepersonal, dass die freiheitsentziehende Maßnahme zur Abwehr einer gegenwärtigen, konkreten Gefahr im Sinne des § 34 StGB erfolgt.⁹⁰⁷

Unter Umständen besteht sogar eine Pflicht des Pflegepersonals bzw. der Heimleitung, die Einrichtung einer Betreuung beim Amtsgericht anzuregen. Vergegenwärtigen wir uns dazu nochmals die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1959 zum Rechtfertigungsgrund der Familiensorge.⁹⁰⁸ Die Richter erwogen hierbei ebenfalls, ob die Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung durch Freiheitsentziehende Maßnahmen ausgeschlossen ist, weil die Täter es mehr als zwei Jahre lang unterlassen hatten, den Weg der formalen Legitimation über das damalige Vormundschaftsrecht einzuschlagen.⁹⁰⁹ Stattdessen blieb die Freiheitsentziehung der Mutter bzw. Schwiegermutter im Privaten, sie blieb staatlichen Stellen unbekannt. Keine Behörde konnte sich ein Bild von der Situation des Opfers verschaffen, folglich konnten auch keine Hilfsmaßnahmen ergriffen werden. Die staatliche Fürsorge war schlichtweg ausgehebelt. Ob damit dem Opfer besser geholfen gewesen wäre,⁹¹⁰ ist im Nachhinein nicht zu beurteilen. Die Maßnahmen des Sohns und der Schwiegertochter brachten jedenfalls aus therapeutischer Sicht keinen dauerhaften Erfolg. Die Mutter wurde immer und immer wieder eingesperrt; ihre Verwirrungszustände besserten sich nicht.⁹¹¹ Auf Dauer gesehen kann man deshalb sogar bezweifeln, dass die Freiheitsberaubungen an der Mutter geeignete Mittel im Sinne des § 34 StGB waren.⁹¹²

Das Urteil des BGH ist bekannt. Die Richter sahen letztendlich das Einsperren der Mutter als eine gerechtfertigte Freiheitsberaubung an. Sie verwarfen damit zugleich, dass Sohn und Schwiegertochter hier verpflichtet gewesen wären, eine Prüfung der Situation der Mutter

⁹⁰⁶ Vgl. Fünftes Kapitel, B. I.

⁹⁰⁷ Vgl. dazu die ähnliche Problematik bei freiheitsentziehenden Maßnahmen außerhalb von Einrichtungen des § 1906 BGB, insbesondere der häuslichen Pflege: HK-BUR-Rink, § 1906 BGB, Rn. 45.

⁹⁰⁸ S. BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197.

⁹⁰⁹ BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 199ff.

⁹¹⁰ Vgl. zur Abwägung "Heilanstalt" oder "Familiennpflege" bereits: Kracht, DVBl 1950, 517, 519.

⁹¹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 198.

⁹¹² Zur Geeignetheit Freiheitsentziehender Maßnahmen im Sinne des § 34 StGB, Sechstes Kapitel, A. I.

durch das Vormundschaftsgericht einzuleiten.⁹¹³ Bei den hilfswisen Ausführungen der Richter über einen Notstand⁹¹⁴ zogen sie gegen alle vorgebrachten Zweifel eine Parallele zur Notwehr nach § 32 StGB.⁹¹⁵ Dort sei allgemein anerkannt:

"Der Angegriffene darf sich wehren, so oft er angegriffen wird, mögen sich die Angriffe auch voraussehbar wiederholen und die Anrufung des Gerichts möglich sein. [...] Die Voraussicht einer künftigen Gefahr macht die zu ihrer Abwendung an sich erlaubte Selbsthilfe nicht rechtswidrig"⁹¹⁶.

Entsprechend haben die Richter im Rahmen eines Notstandes argumentiert. Sie beurteilten die Rechtfertigung jeder der Freiheitsberaubungen für sich genommen. Die Eignung des Mittels legten sie eng aus. Demnach muss es bei einem Notstand genügen, die akute Gefahr abzuwenden, auch wenn eine latente Gefahr fortbesteht, die weitere Freiheitsberaubungen erwarten lässt.

Es gibt heute einen guten Grund dafür, anders zu entscheiden, als es die Richter des BGH im Jahre 1959 taten. Dieser Grund liegt in der mittelbaren Drittwirkung des Grundrechts der Bewegungsfreiheit nach Art. 104 GG. Sie geht auf die Rechtsprechung des BVerfG aus dem Jahre 1960 zurück.⁹¹⁷ Seitdem ist es verbindlich, dass Art. 104 GG auch zu beachten ist, wenn Privatpersonen Freiheitsentziehungen begehen,⁹¹⁸ so wie bei der Entscheidung des BGH der Sohn und die Schwiegertochter, so wie in Altenpflegeheimen das Pflegepersonal.

Welche Folgen dabei die mittelbare Drittwirkung hat, wird üblicherweise mit den Attributen der "verfassungsrechtlichen Grundsatznorm" oder der "objektiven Werteentscheidung" beschrieben.⁹¹⁹ Sicher ist dabei, dass unmittelbare und mittelbare Wirkung eines Grundrechts unterscheidbar bleiben müssen. Für die vorliegende Problematik bedeutet dies einerseits, dass die Legitimitätsanforderungen des Art. 104 GG an

⁹¹³ Vgl. BGH, Urt. v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197, 201f.

⁹¹⁴ Dessen Normierung stand in diesem Zeitpunkt im StGB noch aus; Notstand war aber unbestritten gewohnheitsrechtlich anerkannt, s. LK-Zieschang, § 34 StGB, Rn. vor1; Grebing, GA 1979, 81, 82.

⁹¹⁵ Hilfswise Ausführungen nur in der von der amtlichen Sammlung abweichenden Veröffentlichung des Urteils in: JZ 1959, 778.

⁹¹⁶ JZ, 1959, 778.

⁹¹⁷ S. BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302.

⁹¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 - 1 BvR 526/53 29/58, BVerfGE 10 (in Auszügen auch in: NJW 1960, 811-813) 302, 322.

⁹¹⁹ Vgl. Erichsen, Jura 1996, 527, 528f; Hofmann, NJW 1989, 3177, 3185.

Freiheitsentziehungen nicht "eins zu eins" zu übertragen sind. Private Freiheitsentziehungen sind grundsätzlich auch ohne ausdrückliche, bestimmte Ermächtigungsgrundlage und ohne ausnahmslosen Richtervorbehalt zu rechtfertigen.⁹²⁰ Andererseits muss sich die mittelbare Drittwirkung manifestieren. Sie liefe vollkommen ins Leere, wenn private Freiheitsentziehungen für unbeschränkte Zeit legitim blieben und sie dauerhaft einer Genehmigung durch einen Richter vorbehalten wären. Es ist der Gedanke der praktischen Konkordanz aus dem Verfassungsrecht,⁹²¹ der hierfür Pate steht. Demnach verbietet es sich bei der Abwägung widerstreitender Belange, einem davon generell den Vorrang einzuräumen und zugleich den anderen vollkommen zurücktreten zu lassen.⁹²² Die hier an Bedeutung gewonnene Bewegungsfreiheit des Opfers nach Art. 104 GG muss bemerkbar sein. Strafrechtlich gesehen muss deshalb die private Freiheitsentziehung auf Dauer unzulässig sein.

Auf eine Möglichkeit, wie diesem Umstand Abhilfe geschaffen werden kann, wurde bereits hingewiesen: Das Pflegepersonal kann beim Betreuungsgericht die Betreuung des betroffenen Heimbewohners anregen. Ein Amtsrichter überprüft gemäß § 1896 I BGB die Situation des Heimbewohners.⁹²³ Dabei ist letztendlich unerheblich, ob tatsächlich ein Betreuer bestellt wird. Was immer erreicht wird, ist, die Selbstbestimmung des Betroffenen über seine Bewegungsfreiheit zu bestärken. Lehnt der Betreuungsrichter eine Betreuung ab, impliziert dies, dass der Betroffene grundsätzlich selbst in der Lage ist, über seine Bewegungsfreiheit zu entscheiden.⁹²⁴ Eine Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen wäre in diesem Falle nicht zu rechtfertigen.⁹²⁵ Bestellt das Betreuungsgericht einen Betreuer, entscheidet dieser über mögliche freiheitsentziehende Maßnahmen, wobei er dem Willen und Wohl des Betreuten unterliegt. Eine solche Kontrolle durch den Betreuungsrichter zu ermöglichen erscheint daher als der beste Weg, der mittelbaren Drittwirkung des Art. 104 GG ausreichend genüge zu tun.

⁹²⁰ Vgl. dazu bereits Sax, JZ 1959, 778.

⁹²¹ Vgl. dazu auch Wolfslast, Juristische Methoden der Güterabwägung, in: Güterabwägung in der Medizin, S. 73, 88ff.

⁹²² S. auch Wolfslast, Juristische Methoden der Güterabwägung, in: Güterabwägung in der Medizin, S. 73, 83.

⁹²³ Vgl. HK-BUR-Bauer, § 1896 BGB, Rn. 50ff. Vgl. zum Verfahren die §§ 65ff. FGG, u.a. kommt es nach § 68 FGG zur persönliche Anhörung des Betroffenen und es wird nach § 68b FGG ein Sachverständigengutachten eingeholt, eingehend dazu: Dodegge, NJW 1995, 2389, 2391.

⁹²⁴ HK-BUR-Bauer, § 1896 BGB, Rn. 22.

⁹²⁵ S. Fünftes Kapitel B. I. 2. a) bb), Sechstes Kapitel C.

Notwendig ist das Anregen einer Betreuerbestellung insbesondere, wenn sich die Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen über längere Zeit hinweg auf einen Notstand nach § 34 StGB stützt. Dies bleibt nach der Konkurrenz der Rechtfertigungsgründe möglich, wenn die betroffene Heimbewohnerin einwilligungsunfähig ist oder erhebliche Zweifel an ihrer Einwilligungsfähigkeit bestehen und weder eine Betreuung eingerichtet noch ein mutmaßlicher Wille erkennbar ist.⁹²⁶ Ein solcher Fall liegt Art. 104 GG am fernsten. Im Falle eines Betreuungsverhältnisses besteht über den Betreuer eine vergleichsweise enge Koppelung an Art. 104 GG, und auch bei einer Rechtfertigung aufgrund eines mutmaßlichen Willens ist die Problematik der mittelbaren Drittwirkung des Art. 104 GG weitgehend entschärft. Betreuer und Betreuungsrichter können nämlich grundsätzlich nicht anders entscheiden als gemäß dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen.⁹²⁷ Bei einem Handeln gemäß dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen ist zudem eine Verletzung des Art. 104 GG stark abgeschwächt: Eine Freiheitsentziehung in diesem Sinne setzt Zwang voraus.⁹²⁸ Bei einer Rechtfertigung aufgrund des mutmaßlichen Willens manifestiert sich aktuell kein entgegenstehender Wille des Betroffenen, noch will der Täter Zwang ausüben, da er gerade dem Willen des Betroffenen entsprechen möchte.⁹²⁹ Zwang besteht hier alleine darin, dass die Freiheitseinschränkung ohne sichere Kenntnis des Willens des Betroffenen vorgenommen wird. Ob damit bereits dem Zwangserfordernis des Art. 104 GG genüge getan ist, muss, anders als im Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB, noch als ungeklärt angesehen werden.⁹³⁰ Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB entwickelt demgegenüber die größte Zwangswirkung. Die Fürsorge um die Gesundheit der Heimbewohner ist dabei alleine maßgeblich, nicht mehr deren Wille.⁹³¹

Wie die mittelbare Drittwirkung des Art. 104 GG bei der Rechtfertigung von Freiheitsberaubungen durch freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 34 StGB zu

⁹²⁶ S. Fünftes Kapitel B., Sechstes Kapitel C.

⁹²⁷ BT-Dr.11/4528, S. 67 und S.70. Insbesondere bei Entscheidungen der Personensorge: Vgl. Pawlowski, JZ 2003, 66, 70f; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 164.

⁹²⁸ Eicken, Fürsorglicher Zwang, S. 21; Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 9; Mangold/Klein/Starck-Gusy, Art. 104, Rn. 18.

⁹²⁹ Vgl. Fünftes Kapitel, B. II. 3.

⁹³⁰ Vgl. Sack/Denger, MDR 1982, 972, 974. Darüber hinaus ist es in der Rechtsdogmatik zu Art. 104 GG herrschende Ansicht, dass bei bestimmten stellvertretenden Einwilligungen ein Zwang im Sinne des Art. 104 GG und damit eine Freiheitsentziehung gegenüber dem Vertretenen nicht vorliegt, etwa im Verhältnis Eltern und Kinder, sowie Vormund und Mündel (entspricht heute Betreuer und Betreuter), s. dazu bereits: Maunz/Dürig/Herzog-Dürig, Art. 104 GG, Rn. 11. Ferner: Wille, ZfJ 2002, 85, 86.

⁹³¹ S. Sechstes Kapitel, B.

berücksichtigen ist, ist letztendlich an den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.⁹³² Grundsätzlicher Anknüpfungspunkt ist dabei die Erforderlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme im Sinne des § 34 StGB. Die Erforderlichkeit setzt die Wahl des mildesten Mittels voraus.⁹³³ Es wurde bereits veranschaulicht, wie vielfältig die Aspekte sein können, die dabei Berücksichtigung finden.⁹³⁴ In diese Abwägung fließt auch die mittelbare Drittwirkung des Art. 104 GG ein. Das mildere Mittel bestimmt sich aus rechtlicher Sicht, gesucht ist das geringste rechtliche Übel.⁹³⁵ In diesem Sinne sind Mittel vorzuzugsfähig, die den Anforderungen der mittelbaren Drittwirkung des Art. 104 GG entsprechen. Ein milderer Mittel ist eine freiheitsentziehende Maßnahme deshalb, wenn sie zusätzlich von Bemühungen begleitet wird, vor dem Betreuungsgericht ein Betreuungsverfahren nach § 1896 I BGB anzuregen. Sinnvoll ist dies natürlich nur, wenn sich abzeichnet, dass die betreffende Heimbewohnerin zumindest über einen längeren Zeitraum hinweg einwilligungsunfähig bleiben wird.⁹³⁶ Es ist damit die Konsequenz verbunden, dass nach § 34 StGB die Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen nur für eine bestimmte Zeit gerechtfertigt sein kann. Lehnt das Betreuungsgericht die Erforderlichkeit einer Betreuung ab, signalisiert dies eine entsprechende Einwilligungsfähigkeit der Heimbewohnerin; diese steht der weiteren Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung nach § 34 StGB grundsätzlich entgegen.⁹³⁷ Auch mit Bestellung eines Betreuers mit entsprechendem Aufgabenkreis ist wegen der Konkurrenz der Rechtfertigungsgründe hier die Anwendung von § 34 StGB grundsätzlich ausgeschlossen.⁹³⁸ Die rein private Freiheitsentziehung, wie sie § 34 StGB prinzipiell ermöglicht, endet also in diesem Moment. Sie gewinnt mit Hinzuziehen eines Betreuers einen öffentlich-rechtlichen Charakter. Wie vehement sich dabei Pflegepersonal und Heimleitung um eine Betreuerbestellung bemühen müssen, dafür bietet aus zeitlicher Sicht § 1906 IV BGB einen Anhaltspunkt. Die Vorschrift wendet sich an Betreuer. Die Situation des Betreuers ist durchaus mit der Situation des Pflegepersonals vergleichbar. Betreuer müssen nach § 1906 IV BGB bei ihrer stellvertretenden Einwilligung in länger andauernde freiheitsentziehende Maßnahmen an dem Betreuten eine zusätzliche Genehmigung des Betreuungsgerichts einholen.⁹³⁹ Welcher Zeitspanne sie dabei genau unterliegen, ist äußerst umstritten. Nach weitester Ansicht müssen dazu freiheitsentziehende

⁹³² Vgl. Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 55.

⁹³³ Lenckner, FS für Lackner, 95, 100.

⁹³⁴ S. Sechstes Kapitel, A. II. Statt aller: Lenckner, FS für Lackner, 95, 99ff.

⁹³⁵ S. Lenckner, FS für Lackner, 95, 101.

⁹³⁶ Vgl. Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, S. 192f; Dodegge, NJW 1995, 2389, 2393.

⁹³⁷ S. Sechstes Kapitel, B.

⁹³⁸ S. Fünftes Kapitel, B. II.

Maßnahmen länger als eine Woche andauern.⁹⁴⁰ Unbillig wäre es demgegenüber in vergleichbarer Problematik, an Private, hier das Pflegepersonal und Heimleitung, strengere Anforderungen zu stellen. Als Anhaltspunkt gilt daher, dass ohne Anstreben einer Betreuung nach § 1896 I BGB eine Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen für circa eine Woche auf eine Rechtfertigung nach § 34 StGB gestützt werden kann. Darüber hinaus ist aufgrund der mittelbaren Drittwirkung des Art. 104 GG auch bei einer solchen privaten Freiheitsentziehung das Betreuungsgericht zu beteiligen. Der Weg dazu ist das Anregen einer Betreuung nach § 1896 I BGB. Nur so kann gewährleistet bleiben, dass übergangsweise eine freiheitsentziehende Maßnahme im Sinne des § 34 StGB gerechtfertigt bleibt.

⁹³⁹ S. Fünftes Kapitel, B. I. 1., Siebtes Kapitel, B.

⁹⁴⁰ Dodegge, MDR 1992, 437, 438. M.w.N: Soergel-BGB Kommentar-Zimmermann, § 1906 BGB, Rn. 75.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich in den folgenden Thesen zusammenfassen:

- Fixiert das Pflegepersonal eine Heimbewohnerin über Tage an Armen, Beinen und Rumpf an ihrem Bett, so ist dies nicht nach § 239 I StGB strafbar, wenn die Heimbewohnerin dem zustimmt. Andere Situation: Eine Heimbewohnerin schläft unruhig. Aus Sorge, sie könne aus ihrem Bett stürzen, bringt das Pflegepersonal bis zum nächsten Morgen Bettgitter an ihrem Bett an. Dadurch kann sich das Pflegepersonal nach § 239 I StGB strafbar gemacht haben, wenn es sich nicht des Einverständnisses der Heimbewohnerin oder ihres rechtlichen Betreuers versicherte. Diese beiden Beispiele schärfen nochmals den Fokus des § 239 I StGB gegenüber der Praxis freiheitsentziehender Maßnahmen in Altenpflegeheimen. Ganz wesentlich ist der Wille des Opfers. Die Integrität des einen Menschen umgebenden Bewegungsraums ist im Sinne des § 239 I StGB unzertrennlich mit seinem Willen verbunden.⁹⁴¹
- Mit einem Einverständnis verwirklicht eine freiheitsentziehende Maßnahme nicht mehr den Tatbestand einer Freiheitsberaubung. Die Relevanz des Opferwillens setzt sich noch auf der Ebene der Rechtswidrigkeit fort: Ist die Heimbewohnerin nicht ansprechbar, wird der Wille der Heimbewohnerin durch ihren mutmaßlichen Willen⁹⁴² oder durch die Erklärung ihres rechtlichen Betreuers repräsentiert⁹⁴³ und kann den Eingriff rechtfertigen. Prämisse für das Pflegepersonal sollte daher immer sein, sich bei freiheitsentziehenden Maßnahmen frühzeitig des Willens der Betroffenen zu versichern, entweder durch sie selbst oder gegebenenfalls durch ihren rechtlichen Betreuer.
- Umgekehrt gilt, dass jede freiheitsentziehende Maßnahme ohne oder gar gegen den Willen einer Heimbewohnerin grundsätzlich nach § 239 I StGB strafbar ist.⁹⁴⁴ Fürsorge um die Gesundheit der Heimbewohnerin steht dem nicht entgegen, das sollte das Pflegepersonal beachten. Pflegerische Gründe für freiheitsentziehende Maßnahmen, etwa

⁹⁴¹ Vgl. dazu insbesondere Drittes Kapitel, C. III.

⁹⁴² Fünftes Kapitel, B. II. 3.

⁹⁴³ Fünftes Kapitel, B. I. 2.

⁹⁴⁴ Viertes Kapitel, A., B. I.

Sturzprophylaxe, können nur mittelbar über den Willen der Heimbewohnerin oder ihres rechtlichen Betreuers relevant werden, als ein Anreiz, der Maßnahme zuzustimmen.⁹⁴⁵

- Auf die Bedeutung des Opferwillens für § 239 I StGB ist auch die folgende Feststellung zurückzuführen: Nicht alle Heimbewohner sind von § 239 I StGB geschützt. Heimbewohner, die keinen Willen zur Fortbewegung bilden können, fallen aus dem Schutzbereich des Tatbestands.⁹⁴⁶ Es geht dabei jedoch nicht um den bekannten Meinungsstreit, ob § 239 I StGB nur den aktuellen Fortbewegungswillen des Opfers schützt, etwa der eines Schlafenden, sondern es ist dessen Vorfrage. Einen Schlafenden kann man wecken, er hat die potentielle Fortbewegungsfreiheit. Auf Menschen mit weitreichenden Bewusstseinsbeschränkungen oder anderen erheblichen geistigen Gebrechen trifft dies nicht mehr zu.⁹⁴⁷
- Nicht alle Heimbewohner sind taugliche Opfer.⁹⁴⁸ Die Anderen, sowie gegebenenfalls deren rechtliche Betreuer,⁹⁴⁹ können per Zustimmung leichtfertig den Schutz der Fortbewegungsfreiheit preisgeben.⁹⁵⁰ Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB ist daher nur beschränkt ein Instrument, um gegen Missstände bei freiheitsentziehenden Maßnahmen in der Altenpflege einzuschreiten. Ob eine freiheitsentziehende Maßnahme Unrecht ist, bemisst sich an dem Eingriff in den Willen der Fortbewegung des vermeintlichen Opfers. Dies ist der Maßstab, den § 239 I StGB vorgibt, um eine freiheitsentziehende Maßnahme zu bewerten.⁹⁵¹
- Möglicherweise leichtfertig geben Heimbewohner den Schutz ihrer Fortbewegungsfreiheit nach § 239 I StGB preis, wenn sie formularartige, generelle Einverständniserklärungen unterschreiben, die ihnen die Heimleitung anträgt. Ein Einverständnis kann auf diese Weise wirksam sein.⁹⁵² Die Tragweite einer solchen Erklärung ist jedoch begrenzt: Ein Einverständnis in Fortbewegungsbeschränkungen ist nicht bindend, es kann jederzeit widerrufen werden, nonverbal und formlos, etwa in dem die Heimbewohnerin sich gegen

⁹⁴⁵ Viertes Kapitel, B. III. 2., C.

⁹⁴⁶ Erstes Kapitel, A. III, Zweites Kapitel, D.

⁹⁴⁷ Zweites Kapitel, D. IV. 3.

⁹⁴⁸ Zweites Kapitel, D.

⁹⁴⁹ Fünftes Kapitel, B. I. 2.

⁹⁵⁰ Drittes Kapitel, I. 2., II. 2., Viertes Kapitel, B. I. 3.

⁹⁵¹ Drittes Kapitel, III.

⁹⁵² Viertes Kapitel, B. I.

eine Maßnahme auflehnt.⁹⁵³ Ein gewisser Vertrauensschutz des Pflegepersonals in ein vorangegangenes Einverständnis der Heimbewohnerin besteht darin, dass es vom Widerruf Kenntnis erlangen muss. Kenntnisnahme ist Wissen um den Widerruf, was ebenfalls keiner Form unterliegt.⁹⁵⁴

- Körperliche Gebrechen der möglichen Opfers schließen den Schutzbereich des § 239 I StGB nicht aus:⁹⁵⁵ Alle Heimbewohner sind im Sinne des § 239 I StGB körperlich fortbewegungsfähig, weil durch das Pflegepersonal und die Infrastruktur im Altenpflegeheim gewährleistet ist, dass sie ihren Aufenthaltsort verändern können.⁹⁵⁶ Körperliche Gebrechen beeinflussen den Tatbestand des § 239 I StGB auf andere Weise: Nach ihnen entscheidet sich die Begehungsform, also das Tun oder Unterlassen, und damit der Zeitpunkt der Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB. Ist eine Heimbewohnerin selbst fortbewegungsunfähig, dann ist die Vornahme einer freiheitsentziehenden Maßnahme keine Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB, weil die Kausalität zum Taterfolg fehlt. Erst wenn die Heimbewohnerin einen Fortbewegungswunsch äußert und das Pflegepersonals dem nicht nachkommt, kann unter Umständen der Tatbestand einer Freiheitsberaubung durch Unterlassen gemäß §§ 239 I, 13 StGB verwirklicht sein. Entscheidend ist bei körperlicher Fortbewegungsunfähigkeit der Heimbewohnerin nicht mehr die Vorrichtung der freiheitsentziehenden Maßnahme als solche, sondern das Verhalten des Pflegepersonals.⁹⁵⁷
- Was es bedeutet, nach § 239 I StGB körperlich fortbewegungsfähig zu sein, sollte nicht an allzu hohe Anforderungen geknüpft werden. Fortbewegungsfähig ist in diesem Sinne ein Mensch, der seinen momentanen Aufenthaltsort verlassen kann, unabhängig von Bewegungsart, Schmerzen und Dauer, solange eine Ortsveränderung bemerkbar wäre.⁹⁵⁸
- Neben Opfertauglichkeit und Zwang ist die allseitige Einschränkung der Fortbewegungsfreiheit des Opfers wesentlich für eine Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB. Für eine allseitige Fortbewegungseinschränkung im Sinne des § 239 I StGB genügt es, wenn es unzumutbar ist, auf welche Weise man selbstständig das Pflegeheim

⁹⁵³ Viertes Kapitel, B. I. 1.

⁹⁵⁴ Viertes Kapitel, B. I. 2.

⁹⁵⁵ Zweites Kapitel, C.

⁹⁵⁶ Zweites Kapitel, C. I.

⁹⁵⁷ Zweites Kapitel, C. II. 1.

verlassen könnte.⁹⁵⁹ Erst recht genügt es, wenn man ein entgegengebrachtes Hindernis tatsächlich nicht überwinden kann; die Frage der Zumutbarkeit entfällt in diesem Fall.⁹⁶⁰ An die Zumutbarkeit sind restriktive Anforderungen zu stellen. Aus dem Verhältnis zur Nötigung nach § 240 I StGB folgt, dass ein Ausweg im Sinne des § 239 I StGB nur dann unzumutbar ist, wenn eine Gefahr für Leib und Leben besteht,⁹⁶¹ andernfalls kommt nur eine Nötigung in Frage.

- Eine Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB ähnelt offensichtlich dem Begriff der freiheitsentziehenden Maßnahme⁹⁶². Man könnte deshalb vermuten, dass jede freiheitsentziehende Maßnahme eine Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB ist, ebenso wie zivilrechtliche oder öffentlichrechtliche Unterbringung oder unterbringungsähnliche Maßnahmen.⁹⁶³ Freiheitsentziehende Maßnahmen implizieren meistens, aber eben nicht immer eine Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB. Zwei Unterschiede müssen beachtet werden: Einerseits setzt § 239 I StGB eine deutlich geringere Mindestdauer des Festhaltens voraus,⁹⁶⁴ andererseits sind die Voraussetzungen nach § 239 I StGB höher, wenn ein individuell relatives Hindernis besteht, ein Ausweg also theoretisch möglich, aber unzumutbar erschwert ist. Bei dem Ausweg muss für die Verwirklichung von § 239 I StGB eine Gefahr für Leib und Leben bestehen.⁹⁶⁵
- Arzneimittel, insbesondere Psychopharmaka, könnten in der Altenpflege die am weitesten verbreitete freiheitsentziehende Maßnahme sein.⁹⁶⁶ Sie sind es aber tatsächlich nur selten. Ebenso selten sind sie Mittel einer Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 I StGB. Sedierende Psychopharmaka beeinflussen die Fortbewegungsfähigkeit des Rezipienten, aber im Regelfall nicht derart, dass es unmittelbar einer allseitigen Fortbewegungseinschränkung entspricht. Vielmehr bieten Psychopharmaka Anlass für mechanische freiheitsentziehende Maßnahmen an Heimbewohnern, weil eine durch sie erschwerte Fortbewegung die Sturzgefahr steigen lässt.⁹⁶⁷

⁹⁵⁸ Zweites Kapitel, C. II. 2.

⁹⁵⁹ Viertes Kapitel, B. II.

⁹⁶⁰ Viertes Kapitel, B. III. 3.

⁹⁶¹ Viertes Kapitel, B. II. 2.

⁹⁶² Erstes Kapitel, A. I.

⁹⁶³ Erstes Kapitel, C.

⁹⁶⁴ Erstes Kapitel, A. II., Viertes Kapitel, B. III. 1.

⁹⁶⁵ Viertes Kapitel, B. II. 2.

⁹⁶⁶ Erstes Kapitel, F. II.

⁹⁶⁷ Erstes Kapitel, F. II. 1., 2.

- Gebrechen möglicher Opfer und § 239 I StGB sind ein Paradoxon: Aufgrund alterstypischer Gebrechen können Heimbewohner als Opfer einer Freiheitsberaubung ausscheiden oder es ist eine Freiheitsberaubung nur durch ein Unterlassen möglich.⁹⁶⁸ Sind jedoch die Opferanforderungen erfüllt, ist eine Freiheitsberaubung leicht möglich, weil die körperlichen Gebrechen des Opfers das Bereiten eines Hindernisses begünstigen.⁹⁶⁹ Dies wird mitunter gezielt eingesetzt. Es sind in der Altenpflege nicht unbedingt totale Einschränkungen der Fortbewegung. Freiheitsberaubungen können hier subtiler sein, indem Hindernisse nicht auf Anhieb zu erkennen sind, weil sie erst verbunden mit den Gebrechen des Betroffenen unüberwindbar werden.⁹⁷⁰
- Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB ist die grundlegende Norm, um die Legitimität einer freiheitsentziehenden Maßnahme in der Altenpflege zu beurteilen.⁹⁷¹ Es ist falsch anzunehmen, dass freiheitsentziehende Maßnahmen in einem Altenpflegeheim dabei immer einer richterlichen Genehmigung bedürfen. Grundsätzlich handelt es sich nämlich um private Freiheitsentziehungen: Das Pflegepersonal, das eine freiheitsentziehende Maßnahme an einem Heimbewohner vornimmt, ist kein Amtsträger. Der Eingriff geschieht von Privaten an Privaten. Der Heimbewohner kann sich in diesem Fall nicht unmittelbar auf sein Grundrecht auf Bewegungsfreiheit und die damit verbundenen verfahrensrechtlichen Sicherheiten nach Art. 2 II 2, 104 I, II GG berufen.⁹⁷²
- Das Grundrecht auf Fortbewegungsfreiheit nach Art. 2 II 2, 104 I, II GG gewinnt erst bei längerfristigen freiheitsentziehenden Maßnahmen an Bedeutung. Verwirklicht das Pflegepersonal den Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB, kann eine Rechtfertigung auf Dauer nur gewährleistet sein, wenn das Pflegepersonal die freiheitsentziehende Maßnahme einer gerichtlichen Prüfung zuführt.⁹⁷³ Dies folgt aus der mittelbaren Drittwirkung des Grundrechts der Fortbewegungsfreiheit und seinem Gehalt als objektive Werteentscheidung der Verfassung. Es erwächst deshalb für Pflegepersonal und Heimleitung mit Fortdauern freiheitsentziehender Maßnahmen eine Verpflichtung, beim Betreuungsgericht die rechtliche Betreuung der betroffenen Heimbewohnerin

⁹⁶⁸ Zweites Kapitel, C., D.

⁹⁶⁹ Viertes Kapitel, B. II, C.

⁹⁷⁰ Erstes Kapitel, F. IV.

⁹⁷¹ Erstes Kapitel, D.

⁹⁷² Erstes Kapitel, B.

anzuregen. Ein Amtsrichter überprüft dahingehend gemäß § 1896 I BGB die Situation der Heimbewohnerin.⁹⁷⁴

- Die rechtliche Betreuung einer Heimbewohnerin nach § 1896 ff BGB ändert die Sichtweise hinsichtlich des Grundrechts auf Fortbewegungsfreiheit nach Art. 2 II 2, 104 I, II GG. Ordnet der Betreuer freiheitsentziehende Maßnahmen an seiner Betreuten an, stimmt er ihnen zu oder ist sonst wie beteiligt, hat der Eingriff einen öffentlichrechtlichen Charakter. Der Betreuer ist Quasiamtsträger, eine Verletzung der Fortbewegungsfreiheit geschieht in diesem Fall nicht mehr ausschließlich zwischen Privaten. Gegen ihren Betreuer kann sich die Heimbewohnerin unmittelbar auf ihre Grundrechte berufen, deshalb ist hier der Richtervorbehalt nach Art. 104 II GG zu beachten.⁹⁷⁵ Eine freiheitsentziehende Maßnahme unterliegt verschiedenen rechtlichen Anforderungen, je nachdem ob sie ein privater oder öffentlichrechtlicher Freiheitsentzug ist.⁹⁷⁶
- Für freiheitsentziehende Maßnahmen an betreuten Heimbewohnern ist auf den ersten Blick § 1906 IV BGB eine bedeutsame Legitimationsgrundlage.⁹⁷⁷ Bestimmte freiheitsentziehende Maßnahmen erfordern demnach die Genehmigung des Betreuungsgerichts. Genehmigt ein Betreuungsrichter die freiheitsentziehenden Maßnahmen und sollte das Pflegepersonal bei ihrer Vornahme den Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB verwirklichen, so handelt es nicht rechtswidrig. Dies folgt aus der Einheit der Rechtsordnung. Die Genehmigung des Betreuungsrichters nach § 1906 IV BGB ist strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund.⁹⁷⁸
- Wichtig für die pflegerische Praxis ist, dass es keines Verfahrens nach § 1906 IV BGB bedarf, um eine freiheitsentziehende Maßnahme an einem betreuten Heimbewohner zu rechtfertigen.⁹⁷⁹ Ein Verfahren nach § 1906 IV BGB einzuleiten wäre im Übrigen nur dem Betreuer möglich.⁹⁸⁰ An den Betreuer sollte sich das Pflegepersonal umgehend wenden,

⁹⁷³ Siebtes Kapitel.

⁹⁷⁴ Siebtes Kapitel, C.

⁹⁷⁵ Erstes Kapitel, B.

⁹⁷⁶ Erstes Kapitel, D.

⁹⁷⁷ Fünftes Kapitel, B. I. 1.

⁹⁷⁸ Fünftes Kapitel, B. I. 1. c).

⁹⁷⁹ Fünftes Kapitel, B. I. 2.

⁹⁸⁰ Fünftes Kapitel, B. I. 2. b).

denn seine Zustimmung in eine freiheitsentziehende Maßnahme kann ausreichen, um sie betreuungsrechtlich zu legitimieren und eine mögliche Freiheitsberaubung zu rechtfertigen. Grundlage dessen ist die Vertretungsmacht des Betreuers über den Betreuten nach § 1902 BGB.⁹⁸¹ Die Zustimmung des Betreuers nach § 1902 BGB ist bereits strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund.⁹⁸²

- Selbst wenn der Betreuer seine Vertretungsmacht missbraucht, indem er freiheitsentziehenden Maßnahmen zustimmt, für die er nach § 1906 IV BGB eine richterliche Genehmigung einholen müsste, handelt das Pflegepersonal solange nach § 1902 BGB gerechtfertigt, wie die Überschreitung der Vertretungsmacht nicht evident ist oder eine Kollusion zwischen Betreuer und Pflegepersonal vorliegt.⁹⁸³
- Der Gesetzgeber hat durch das Betreuungsrecht eine Entscheidung getroffen: Die Legitimität von Eingriffen in die Rechtsgüter eines Betreuten unterliegt einem Entscheidungsträger, dem Betreuer. Sie unterliegt damit nicht den sachlichen Erwägungen von Ärzten und Pflegenden. Der Betreuer ist seinerseits grundsätzlich nur dem Willen des Betreuten verpflichtet. Diese Entscheidung des Gesetzgebers darf bei der Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen nicht außer Acht gelassen werden.⁹⁸⁴ Die Konsequenz daraus ist, dass eine Rechtfertigung nach den allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen, insbesondere nach § 34 StGB, ausgeschlossen ist. Das hier speziellere Betreuungsrecht entwickelt eine Sperrwirkung. Es verbleibt in seinem Anwendungsbereich einzige Rechtfertigungsmöglichkeit. Scheitert die Rechtfertigung, ist der Eingriff damit zwingend rechtswidrig, weil der Rückgriff auf andere Rechtfertigungsgründe verwehrt ist.⁹⁸⁵ Für das Verhältnis des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung gegenüber § 34 StGB gilt dies entsprechend, die mutmaßliche Einwilligung ist bei der Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung gegenüber § 34 StGB der speziellere Rechtfertigungsgrund.⁹⁸⁶

⁹⁸¹ Fünftes Kapitel, B. I. 2. a).

⁹⁸² Fünftes Kapitel, B. I. 3.

⁹⁸³ Siebtes Kapitel, B.

⁹⁸⁴ Fünftes Kapitel, B. II. 2.

⁹⁸⁵ Fünftes Kapitel, B. II. 1., 2.

⁹⁸⁶ Fünftes Kapitel, B. II. 3.

- Die Bedeutung der Konkurrenz der Rechtfertigungsgründe relativiert sich mit dem Anwendungsbereich der spezielleren Rechtfertigungsgründe.⁹⁸⁷ Nur ein Teil aller freiheitsentziehenden Maßnahmen in Altenpflegeheimen sind überhaupt dem Betreuungsrecht zugänglich, nur dann sind andere Rechtfertigungsmöglichkeiten verdrängt. Die Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung nach dem Betreuungsrecht bleibt den folgenden Umständen vorbehalten: Die freiheitsentziehende Maßnahme betrifft eine Heimbewohnerin, für die ein Betreuer mit entsprechenden Aufgabenkreis nach § 1896 BGB bestellt ist. Die Heimbewohnerin kann die Entscheidung nicht wirksam selbst treffen, sie muss einwilligungsunfähig sein. Es muss schließlich auch eine Rücksprache mit dem Betreuer möglich sein, der Betreuer muss etwa telefonisch erreicht werden können.⁹⁸⁸ Treffen diese drei Umstände zu, richtet sich die Rechtfertigung einer Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen alleine nach den Rechtfertigungsgründen des Betreuungsrechts.
- Umgekehrt ist die Möglichkeit, eine Freiheitsberaubung durch freiheitsentziehende Maßnahmen aufgrund Notstands nach § 34 StGB zu rechtfertigen, auf die folgenden Umstände beschränkt: Die Heimbewohnerin steht nicht in einem Betreuungsverhältnis mit entsprechendem Aufgabenbereich. Ist dies der Fall, könnte § 34 StGB nur noch anwendbar sein, solange der Betreuer nicht erreicht wird.⁹⁸⁹ Auch ein zweifelsfreier mutmaßlicher Wille der Heimbewohnerin, falls sie aktuell unansprechbar ist, schließt § 34 StGB aus, denn mutmaßliche Einwilligung ist gegenüber Notstand der in diesem Fall speziellere Rechtfertigungsgrund.⁹⁹⁰ Insgesamt unterliegt damit die Anwendung des § 34 StGB bei freiheitsentziehenden Maßnahmen weitreichenden äußeren Beschränkungen. Es ist der Selbstverständlichkeit zu widersprechen, mit der vor allem in der pflegerischen Praxis die Rechtfertigung freiheitsentziehender Maßnahmen nach § 34 StGB propagiert wird.
- Nicht nur aufgrund der Konkurrenz der Rechtfertigungsgründe ist die Rechtfertigung freiheitsentziehender Maßnahmen nach § 34 StGB eine Ausnahme. Im Rahmen des § 34 StGB ist abzuwägen: Einerseits schützen freiheitsentziehende Maßnahmen den Betroffenen vor Gefahren für seine Gesundheit und sogar sein Leben, die bei einer

⁹⁸⁷ Fünftes Kapitel, B. II. 2.

⁹⁸⁸ Fünftes Kapitel, B. II. 2. a), b), c).

⁹⁸⁹ Fünftes Kapitel, B. II. 2., Sechstes Kapitel.

uneingeschränkten Bewegungsfreiheit drohen. Andererseits ist eine tatbestandliche Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB ein Eingriff in die Selbstbestimmung des Betroffenen über seine Fortbewegung. Der Eingriff in die Selbstbestimmung eines Menschen ist nur schwerlich abwägbar, schon gar, da § 34 StGB ein wesentliches Überwiegen des Interesses für diesen Eingriff erfordert.⁹⁹¹ Nur wenn die betroffenen Heimbewohnerin einwilligungsunfähig ist oder zumindest erhebliche Zweifel an ihrer Einwilligungsfähigkeit bestehen, kann überhaupt eine freiheitsentziehende Maßnahme nach § 34 StGB gerechtfertigt sein.⁹⁹²

- Eine Rechtfertigung freiheitsentziehender Maßnahmen ist nach § 34 StGB aber prinzipiell möglich und nicht aufgrund von pflegerischen Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen gänzlich ausgeschlossen.⁹⁹³ Solche Alternativen müssen im Einzelfall für die Pflegekraft verfügbar sein, nur dann können sie überhaupt ein milderes Mittel und damit das Erforderliche im Sinne des § 34 StGB sein.⁹⁹⁴ Selbst die so genannte "Eins zu Eins Betreuung", die theoretisch dem Pflegepersonal immer möglich wäre, ist grundsätzlich nicht erforderlich, weil die Auswirkungen auf den übrigen Heimbetrieb bei der Wahl des mildesten Mittels im Sinne des § 34 StGB zu beachten sind: Freiheitsentziehende Maßnahmen sind Gefahrenbeseitigung am Betroffenen, ohne andere, unbeteiligte Heimbewohner zu belasten.⁹⁹⁵

⁹⁹⁰ Fünftes Kapitel, B. II. 3.

⁹⁹¹ Sechstes Kapitel, B.

⁹⁹² Sechstes Kapitel, B. I, II, III.

⁹⁹³ Sechstes Kapitel, B. A.

⁹⁹⁴ Sechstes Kapitel, B. A. I.

⁹⁹⁵ Sechstes Kapitel, B. A. II.

Literaturverzeichnis

- Alternativkommentar zum StGB: Kommentar zum Strafgesetzbuch in Lieferungen* (Reihe Alternativkommentare), Band 1 §§ 1-21, hrsg. von Rudolf Wassermann, Neuwied 1990 (zit.:AK-StGB-Bearbeiter)
- Amelung, Knut*: Zwangsbehandlung, rechtlich, in: Lexikon der Bioethik, hrsg. im Auftrag der Görres-Gesellschaft von Wilhelm Korff u.a. in Verbindung mit Ludger Honnefelder u.a., 2. Auflage, Gütersloh 2000, S.806.
- Amelung, Knut*: Zwangseinweisung / Zwangsunterbringung, rechtlich, in: Lexikon der Bioethik, hrsg. im Auftrag der Görres-Gesellschaft von Wilhelm Korff u.a. in Verbindung mit Ludger Honnefelder u.a., 2. Auflage, Gütersloh 2000, S. 808.
- Amelung, Knut / Brauer, J.*: Anmerkung zum Beschluß des OLG Schleswig v. 15.6.1984 - 1 Ws 366/84, JR 1985, S. 474-477.
- Andreae, Susanne / V.Hayek, Dominik / Weniger, Jutta*: Krankheitslehre für Altenpflegeberufe, Stuttgart, New York 2001.
- Arnold, Reiner / Kloß, Wolfgang*: Offene Psychiatrie, ambulante Behandlung und Betreuungsgesetz, FuR 1996, S. 263-268.
- Arzt, Gunther*: Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (1.Teil), JA 1980, S. 553-560.
- Arzt, Gunther / Weber, Ulrich*: Strafrecht, Besonderer Teil, Bielefeld 2000.
- Baumann, Hartmut / Reim, Herbert*: Bewegungslehre, Frankfurt a.M., Berlin, München, Aarau 1984.
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Bielefeld 2003.
- Becker, Clemens / Eichner, B. / Lindemann, B. / Sturm, E. / Reißmann, U. / Kron, M. / Nikolaus, T.*: Fähigkeiten und Einschränkungen von Heimbewohnern - Eine Querschnittserhebung mit dem Minimum Data Set des Resident Assessment Instruments, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, S. 260-265.
- Bergk, J./Steinert, T.*: Eine randomisierte kontrollierte Vergleichsstudie zwischen Isolierung und Fixierung: Eine methodologische und ethische Herausforderung?, Der Nervenarzt 2004, S. 216 und S. 395.
- Bloy, René*: Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?, ZStW 96 (1984), S. 703-725.
- Borutta, Manfred*: Fixierung in der Pflegepraxis, Alternativen kennen - Selbstbestimmungsrecht achten, Hannover 1994.
- Bruck, Felix*: Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit, Berlin 1875.
- Brüggemann, Jürgen / Gerber, Hans / Pilzecker, Ute / Theis, Sylvia / Wagner, Alexander / Wilcke-Kros, Martina*, Medizinischer Dienst der Spitzenverbände der Krankenkassen e.V. (MDS): Qualität in der ambulanten und stationären Pflege, 1. Bericht des MDS nach § 118 IV SGB XI, Essen 2004.
- Bundesministerium der Justiz (BMJ)*: Verfahren nach dem Betreuungsgesetz, Zusammenstellung der Bundesergebnisse für die Jahre 1992 bis 2006, Berlin 2007.

- Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung (BMGS) / Kuratorium Deutsche Altershilfe (KDA):* Umstrukturierung stationärer Einrichtungen - Unter besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse von Menschen mit Demenz, Bonn 2004.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ):* Zahlen und Fakten zur Pflegeversicherung (01/05), Berlin 2005.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ):* Gewalt gegen Ältere zu Hause, Berlin 1998.
- Calow, Roman:* Markerlose Ganganalyse mit einem Multikamerasystem, Magdeburg 2005.
- Creifelds, Carl:* Rechtswörterbuch, 19. Auflage, München 2007.
- Damrau, Jürgen:* Anmerkung zum Beschluß des AG Kamen v. 21.10.1982 - 5 VII P 682, FamRZ 1983, S. 1060-1061.
- Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas:* Medizinrecht, 5. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Honk Kong, London, Mailand, Paris, Tokio 2003.
- Deutsche Alzheimer Gesellschaft e.V. (DAzG):* Empfehlungen zum Umgang mit Unruhe und Gefährdung bei Demenz, Berlin 2005.
- Deutsche Seniorenliga:* Alzheimer erkennen, Leitfaden für Betroffene und Angehörige, Bonn 2005.
- Deutsches Zentrum Für Altersfragen, Geschäftsstelle Runder Tisch Pflege:* Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen, Berlin 2005.
- Dodegge, Georg:* Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 2007, NJW 2007, S. 2673-2679.
- Dodegge, Georg:* Zwangsbehandlung und Betreuungsrecht, NJW 2006, S. 1627-1629.
- Dodegge, Georg:* Neuere Entwicklungen des Betreuungsrechts, NJW 1995, S. 2389-2398.
- Dodegge, Georg:* Anmerkung zum Beschluss des LG Essen v. 12.03.1993 - 7T 148/93, FamRZ 1993, S. 1347-1349.
- Dodegge, Georg:* Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1906 IV BGB, MDR 1992, S. 437ff.
- Duden,* Herkunftswörterbuch, Etymologie der Deutschen Sprache, von Günther Drosdowski, Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich 1997.
- Eicken, Barbara / Ernst, Ellen / Zenz, Gisela:* Fürsorglicher Zwang, Bonn 1990.
- Emmerich, Marlies:* Pflege in Not, in: BZ vom 16.06.2006.
- Engelhardt, H. Tristram Jr.:* Freies und Informiertes Einverständnis, in: Urban Wiesing (Hrsg.): Ethik in der Medizin, S.106-108, Stuttgart 2004.
- Erichsen, Hans-Uwe:* Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996, S. 527-533.
- Ewers, Franz Georg:* Anmerkung zum Beschluss des LG Köln v. 27.04.1992 - 1T 117/92, FamRZ 1993, S. 853-854.
- Fischer, Thomas / Schwarz, Otto [Begr.]:* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Auflage, München 2010.
- Fuchs, Cornelia:* Alte Menschen werden mit Gewalt verwaltet, in: taz vom 28.08.1998.
- Fussek, Claus / Loerzer, Sven:* Was darf Menschenwürde kosten? Politik und Finanziere von Altenheimen denken nicht daran, den Pflegenotstand wirklich zu beseitigen, in: FR vom 28.11.2005.

- Gaßner, Maximilian / Schottky, Evi*: Freiheit vor Sicherheit oder umgekehrt? Analyse und Kritik der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu Stürzen in Alten- und Pflegeheimen, MedR 2006, S. 391-399.
- Gastiger, Sigmund*: Freiheitsschutz und Haftungsrecht in der stationären und ambulanten Altenhilfe, Freiburg 1993.
- Gastiger, Sigmund*: Die freiheitsbeeinträchtigenden Betreuungsmaßnahmen im Alten(pflege)heim, NDV 1989, S. 83-87.
- Geerds, Friedrich*: Anmerkung zum Urteil des BGH v. 06.12.1983 - 1 StR 651/83, JR 1984, S. 430-433.
- Gernhuber, Joachim / Coester-Waltjen, Dagmar*: Familienrecht, 5. Auflage, München 2006.
- Goettle, Gabriele*: Vom Zittern der Alten - Krisentelefon für Gewalt in der Pflege, in: taz vom 28.06.2004.
- Gössel, Karl Heinz / Dölling, Dieter*: Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Auflage, Heidelberg 2004.
- Götz, Volkmar*: Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Auflage, Göttingen 2001.
- Graupner, Heidrun*: Gefesselt und ruhig gestellt; In vielen Pflegeheimen werden Menschen überflüssigerweise in ihren Betten festgebunden - eine Verletzung der Menschenwürde, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 11.06.2006.
- Graupner, Heidrun*: Pflege in Fesseln; Bundesgerichtshof entscheidet über Patientenrechte, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 28.04.2005.
- Grebing, Gerhard*: Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht, GA 1979, S. 81-106.
- Gropengießer, Helmut*: Das Konkurrenzverhältnis von Notwehr (§ 32 StGB) und rechtfertigendem Notstand (§ 34 StGB), Jura 2000, S. 262-267.
- Gropp, Walter*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 2005.
- Gropp, Walter*: Zur rechtlichen Verantwortlichkeit des Klinikpersonals bei Suizidhandlungen hospitalisierter Psychiatriepatienten, MedR 1994, S. 127-134.
- Güthling, Bettina*: Freiheitsentziehende Maßnahmen im Betreuungsrecht. Welche Aufgabenfelder und Verantwortlichkeiten übernehmen pflegerische Leitungskräfte?, Frankfurt a.M. 2001.
- Hamers, J.P.H. / Huizing, A.R.*: Why do we use physical restraints in the elderly?, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, S. 19-25.
- Hantel, Peter*: Das Grundrecht der Freiheit der Person nach Art. 2 II 2, 104 GG, JuS 1990, S. 865-872.
- Heide, Jochen*: Medizinische Zwangsbehandlung, Rechtsgrundlagen und verfassungsrechtliche Grenzen der Heilbehandlung gegen den Willen des Betroffenen, Berlin 2001.
- Heidelberger Kommentar*: Betreuungs- und Unterbringungsrecht HK-BUR, hrsg. von Thomas Klie, Heidelberg 1996. (zit.:HK-BUR-Bearbeiter)
- Heinzelmann, Martin*: Das Altenheim - immer noch eine "Totale Institution"? Eine Untersuchung des Binnenlebens zweier Altenheime, Göttingen 2004.
- Helle, Jürgen*: Zwangsbefugnisse des Vormundes Erwachsener, FamRZ 1984, S. 639-643.
- Herzberg, Rolf / Schlehofer, Horst*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 06.12.1983 - 1 StR 651/83, JZ 1984, S. 479-483.
- Hessisches Ministerium der Justiz und Hessisches Sozialministerium*: Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht - Betreuungsverfügung - Patientenverfügung, Wiesbaden 2005.

- Hirsch, R. D. / Nikolaus T.:* Aspekte zur Gewalt im häuslichen Bereich und in Institutionen, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, S. 1-3.
- Hochsauerlandkreis - der Landrat:* Freiheitsentziehende Maßnahmen - Rechtliche Grundlagen und Hinweise für den stationären Heimbereich, Meschede 2002.
- Hoffmann, Birgit / Klie, Thomas:* Freiheitsentziehende Maßnahmen, Unterbringung und unterbringungsähnliche Maßnahmen in Betreuungsrecht und -praxis, Heidelberg 2004.
- Hofmann, Hasso:* Die Grundrechte 1789 - 1949 - 1989, NJW 1989, S. 3177-3187.
- Holzhauser, Heinz:* Der Umfang gerichtlicher Kontrolle privatrechtlicher Unterbringung nach § 1906 BGB i.d.F. des Betreuungsgesetzes, FuR 1992, S. 249-261.
- Hollweg, T.:* Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung in Altenpflegeheimen, unveröffentlichte Diplomarbeit, Universität Marburg 1994.
- Horlitz, B. / Grimm, Jacob / Grimm, Wilhelm:* Deutsches Wörterbuch, Stuttgart, Leipzig 1993.
- Huhn, Siegfried:* Sturzrisiko-Skala, Forum Sozialstation 10/2000, S. 6-10.
- Jakobs, Günther:* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin, New York 1993.
- Jakobs, Günther:* Nötigung durch Gewalt, S.791-811, in: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, hrsg. von Hans Joachim Hirsch / Günther Kaiser, Berlin, New York 1986.
- Jakobs, Günther:* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 23.1.1974 - 3StR 324/73 (LG Kleve), NJW 1974, S. 1829-1830.
- Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas:* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.Auflage, Berlin 1996.
- Jonas, Ines:* Die Perspektive der Menschen mit Demenz in den Mittelpunkt stellen, Pro Alter (Kuratorium Deutsche Altershilfe) 2006, S. 58-62.
- Jorzig, Alexandra:* Zur haftungsrechtlichen Problematik von Sturzfällen in Alten- und Pflegeheimen, PflR 2003, S. 379-383.
- Jürgens, Andreas:* Betreuungsrecht, München 2005. (zit.:Jürgens,Betreuungsrecht-Bearbeiter)
- Kargl, Walter:* Zur objektiven Bestimmung der Nötigung, S. 905-916, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70.Geburtstag, hrsg. von Bernd Schünemann / Klaus Roxin, / Hans Achenbach / Wilfried Bottke / Bernhard Haffke / Hans Joachim Rudolphi, Berlin 2001.
- Kargl, Walter:* Die Freiheitsberaubung nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ 1999, S. 72-80.
- Klie, Thomas:* Zur Verbreitung unterbringungsähnlicher Maßnahmen i.S.d. § 1906 Abs.4 BGB in bundesdeutschen Pflegeheimen, BtPrax 1998, S. 50-53.
- Klie, Thomas:* Heime im normativen Konflikt, Altenheim 1984, S. 194-199.
- Klima, S./Hein, W./Hube, A./Huba, R.:* Multimediale Patientenaufklärung in der Klinik, Der Chirurg 2005, S. 398-403.
- Koczy, P. / Klie, Thomas / Kron, M. / Bredthauer, D. / Rissmann, U. / Branitzki, S. / Guerra, V. / Klein, A. / Pfundstein, T. / Nikolaus, T. / Sander, S. / Becker, C. :* Effektivität einer multifaktoriellen Intervention zur Reduktion von körpernaher Fixierung bei demenzerkrankten Heimbewohnern, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, S. 33-39.
- Koschwitz, Jürgen:* Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, Berlin 1969.

- Köther, Ilka / Gnam, Else*: Altenpflege in Ausbildung und Praxis, Stuttgart, New York 2000.
- Kracht, Ernst*: Die Bedeutung des Art. 104 GG in der öffentlichen Fürsorge, DVBl 1950, S. 517-520.
- Kreuels, Stephan*: Die Fixierung von A-Z, Ein Stationsleitfaden, Starnberg 2006.
- Kuratorium Deutsche Altershilfe (KDA)*: Qualitative Anforderungen an den Pflegeheimbau unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen, Köln 1996.
- Kühl, Kristian*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München 2005.
- Kuhlmann, Jens-Michael*: Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen, Paris, Wien, Frankfurt 1996.
- Kunz, Eduard / Butz, Manfred / Wiedemann, Edgar*: Heimgesetz (HeimG) - Kommentar, München 2003.
- Küper, Wilfried*: Strafrecht Besonderer Teil, 6. Auflage, Heidelberg 2005.
- Lampe, Ortrun*: Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand, NJW 1968, S. 88-93.
- Landesarbeitsgemeinschaft (LAG) Betreuungsvereine Hessen*: Zwang in der Betreuung - 3. Fortbildungsveranstaltung der LAG der Betreuungsvereine Hessen, Offenbach 2005.
- Lang, Herbert*: Der Sturz im Pflegeheim - eine juristische Betrachtung, NZV 2005, S. 124-129.
- Lang, Herbert*: Persönlichkeitsrechte und Menschenwürde im Alten- oder Pflegeheim, NJW 2005, S. 1905-1907.
- Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm*: Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002.
- Lackner, Karl / Kühl, Kristian*: Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Auflage, München 2004. (zit.: Lackner/Kühl)
- Landeswohlfahrtsverband (LWV) Hessen*, Richtlinie für die Fixierung oder andere erhebliche Bewegungseinschränkungen von Patienten in den Krankenhäusern und Kliniken des Landeswohlfahrtsverbandes Hessen, Kassel 1996.
- Lehr, Ursula*: Psychologie des Alterns, 11. Auflage, Wiebelsheim 2007.
- Leipziger Kommentar*: Strafgesetzbuch, 12. Auflage, hrsg. von Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann, Berlin 2006. (zit.:LK-Bearbeiter)
- Leipziger Kommentar*: Strafgesetzbuch, 11. Auflage, hrsg. von Burkhard Jähnke / Heinrich Wilhelm Laufhütte / Walter Odersky, Berlin 2001. (zit.:LK-Bearbeiter)
- Leipziger Kommentar*: Strafgesetzbuch, 10. Auflage, hrsg. von Hans-Heinrich Jescheck / Wolfgang Ruß / Günther Willms, Berlin 1986. (zit.:LK¹⁰-Bearbeiter)
- Lenckner, Theodor*: Das Merkmal der "Nicht-anders-Abwendbarkeit" der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB, S. 95-112, in: Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, hrsg. von Wilfried Küper, Berlin, New York 1987.
- Linzbach, Moritz*: Einwilligung in Maßnahmen gegenüber altersverwirrten Menschen in Heimen, NDV 1984, S. 199-200.
- Lipp, Volker*: Unterbringung und Zwangsbehandlung - Zum Vorlagebeschluss des OLG Celle, BtPrax 2006, S. 62-65.
- Lipp, Volker*: Freiheit und Fürsorge - Der Mensch als Rechtsperson, Tübingen 2000.
- Loerzer, Sven*: "Das Altenbett ist ein Gefängnis", Alarmierende Studie aus München - Fachtagung "Humane Pflege im Heim" soll neue Erkenntnisse bringen, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 28.04.2003.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*: Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988.

- Lutterbeck, Christian:* Der Sturz aus dem Krankenbett - Fixierung im Spannungsfeld (1), Pflege&Krankenhausrecht 2004, S. 85-90.
- Mangoldt, Hermann von [Begr.] / Klein, Friedrich [Bearb.] / Starck, Christian [Hrsg.]:* Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, München (zit.:Mangoldt/Klein/Starck-Bearbeiter)
- Marckmann, Georg/Bormuth, Matthias:* Arzt-Patient-Verhältnis und Informiertes Einverständnis, Einführung, S.91-101, in: Ethik in der Medizin, hrsg. von Urban Wiesing, Stuttgart 2004.
- Marschner, Rolf/ Volckart, Bernd:* Freiheitsentziehung und Unterbringung, 4. Auflage, München 2001.
- Maunz, Theodor [begr.] / Dürig, Günter [begr.] / Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Scholz, Rupert / Klein, Hans H.:* Grundgesetz Kommentar, 51. Aktualisierung, München 1958 (fortlaufend aktualisiert). (zit.:Maunz/Dürig/Herzog-Bearbeiter)
- Maurach, Reinhart / Schroeder, Friedrich-Christian / Maiwald, Manfred:* Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 9. Auflage, Heidelberg 2003.
- Mayer, Karl-Georg:* Medizinische Maßnahmen an Betreuten: §§ 1904, 1905 BGB; Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht, Würzburg 1995.
- Meusel, Heinz:* Bewegung, Sport und Gesundheit im Alter, Wiesbaden 1996.
- Mittler, Dietrich:* Tod im Pflegeheim; Minister informiert über Unfälle bei Fixierungen, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 02.06.2006.
- Mohsenian, C. / Verhoff, M.A. / Riße, M. / Heinemann, A. / Püschel, K.:* Todesfälle im Zusammenhang mit mechanischer Fixierung in Pflegeinstitutionen, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, S. 266-273.
- Müller-Dietz, Heinz:* Gewissensfreiheit und Strafrecht, S.91-109, in: Festschrift für Karl Perters zum 70. Geburtstag - Einheit und Vielfalt des Strafrechts, hrsg. von Jürgen Baumann / Karl Perters / Klaus Tiedemann, Tübingen 1974.
- Müller-Jentsch, Ekkehard:* Richter schützen Pflegepatienten vor Gurt, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 23.08.2005.
- Münchener Kommentar:* Kommentar zum BGB, Band 1, 5. Auflage, hrsg. von Kurt Rebmann / Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker, München 2006. (zit.:MünchKommBGB-Bearbeiter)
- Münchener Kommentar:* Kommentar zum BGB, Band 8, 4. Auflage, hrsg. von Kurt Rebmann / Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker, München 2006. (zit.:MünchKommBGB-Bearbeiter)
- Münchener Kommentar:* Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, hrsg. von Wolfgang Joecks / Klaus Mießbach, München 2003. (zit.:MünchKommStGB-Bearbeiter)
- Narr, Dieter / Saschenbrecker, Thomas:* Unterbringung und Zwangsbehandlung, Eine Nachfrage bei den Vormundschaftsgerichten, FamRZ 2006, S. 1079-1083.
- Neumann, Volker:* Freiheitssicherung und Fürsorge im Unterbringungsrecht, NJW 1982, S. 2588-2592.
- Nikolaus, T.:* Geriatrie in Alten und Pflegeheimen, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, S. 253-254.
- Nomos Kommentar:* Strafgesetzbuch, 3. Auflage, hrsg. von Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ulrich Paeffgen, Baden-Baden 2010. (zit.:NK-Bearbeiter)
- Orth, Thomas:* Rechtsgut und Tatopfer der Freiheitsberaubung, Giessen 1988.
- Palandt, Otto:* Das Bürgerliche Gesetzbuch, 65. Auflage, München 2006. (zit.:Palandt-Bearbeiter)

- Pantel, Johannes / Weber, B. / Bockenheimer-Lucius, Gisela / Ebsen, Ingwer:* Psychopharmaka im Altenpflegeheim, Eine interdisziplinäre Untersuchung unter Berücksichtigung gerontopsychiatrischer, ethischer und juristischer Aspekte, Frankfurt 2005.
- Pape, Anne:* Heben und heben lassen, Bewegen und bewegen lassen - Der Umgang mit bewegungsbehinderten Menschen - Anleitungen und Anregungen, 3. Auflage, München, Bad Kissingen, Berlin, Düsseldorf, Heidelberg 2000.
- Pardey, Karl Dieter:* Zur Zulässigkeit drittschützender freiheitsentziehender Maßnahmen nach § 1906 BGB, FamRZ 1995, S. 713-717.
- Pawlowski, Hans-Martin:* Rechtsfähigkeit im Alter?, JZ 2004, S. 13-18.
- Pawlowski, Hans-Martin:* Willenserklärungen und Einwilligungen in personenbezogene Eingriffe, JZ 2003, S. 66-73.
- Payk, Theo R.:* Freiheit und Zwang in der Psychiatrie, S.195-196, in: Ethik in der Medizin, hrsg. von Urban Wiesing, Stuttgart 2004.
- Pedal, I / Mattern, R. / Reibold, R. / Schmidt, V. / Oehmichen, M. / Gerling, I. / Wilske, J.:* Plötzliche Todesfälle mechanisch fixierter Patienten, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1996, S. 180-184.
- Peters:* Individualität macht Leben mit Demenz leichter, in: Die Welt vom 19.05.2008.
- Peters, Karl-Hugo:* "Wertungsrahmen" und "Konflikttypen" bei der "Konkurrenz" zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen?, GA 1981, S. 450-471.
- Polenz, Wolfgang:* Der Freiheitsschutz für Heimbewohner, Altenheim 1987, S. 27-29.
- Rengier, Rudolf:* Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 10. Auflage, München 2009.
- Ried, S. / Gutzmann, H.:* Das Pflegephänomen "Chronische Verwirrtheit" im Kontext der Diagnose "Demenz", Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2003, S. 297-302.
- Regierungspräsidium Hessen:* Bericht über die Situation der Heime und die Betreuung der Bewohnerinnen und Bewohner in Hessen und Bericht der Heimaufsicht in Hessen nach § 22 Abs.3 HeimG für den Zeitraum von 01.01.2002 bis 31.12.2003, 2004.
- Rippegather, Jutta:* Pflegebetten jetzt sicherer; Regierungspräsidium überprüft Standart / Auslöser waren Todesfälle im Jahr 2002, in: FR vom 03.12.2005.
- Rohrmann, Eckhard:* Zwischen Selbstbestimmung und Menschenrechtsverletzung, Kritische Anmerkung zur Lage der Behinderten in Deutschland / Öfter als nötig wird per Sonde ernährt, gewindelt oder ein Katheder gelegt, in: FR vom 09.08.2003.
- Rönnau, Thomas:* Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Jura 2002, S. 665-675.
- Roxin, Claus:* Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I), 4. Auflage, München 2006.
- Roxin, Claus:* Strafrecht Allgemeiner Teil (Band II), Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003.
- Rupprecht, Rainer / Hampel, Harald:* Psychiatrie und Psychotherapie, Stuttgart 2006.
- Sack, Hans-Jürgen / Denger, Burkhardt:* Freiheitsberaubung bei ungenehmigter Unterbringung von Kindern in jugendpsychiatrischen Kliniken?, MDR 1982, S. 972-974.
- Sachs, Michael:* Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2003. (zit.:SachsGGKommentar-Bearbeiter)

- Samson, Erich*: Strafrecht I, Frankfurt a.M. 1988.
- Sax, Walter*: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 16.06.1959 - 1 StR 191/59, JZ 1959, S. 778-780.
- Schaffstein, Friedrich*: Vom Crimen vis zur Nötigung, in: hrsg. Günter Warda, Heribert Waider, Reinhard von Hippel, Dieter Meurer, Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, S.983, Berlin, New York 1976.
- Schell, Werner*: Staatsbürger- und Gesetzeskunde für Pflegeberufe, Stuttgart, New York 2005.
- Schmidt, Kurt Wilhelm / Wolfslast, Gabriele*: Patientenaufklärung, Ethische und rechtliche Aspekte, DMW 2002, S. 634-637.
- Schmidt, P.H. / Driever, F. / Hirsch, R.D. / Madea, B.*: Todesursachenspektrum im Altenheim im Spiegel eines rechtsmedizinischen Sektionsgutes, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, S. 26-32.
- Schoch, Friedrich*: Polizei- und Ordnungsrecht, in: hrsg. Schmidt-Aßmann, Eberhard, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Auflage Berlin 2003.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst*: Strafgesetzbuch, Kommentar, 28.Auflage, München 2010. (zit.:S/S-Bearbeiter)
- Schreiber, Lothar Hans*: Die medikamentöse Versorgung als Heilbehandlung gemäß § 1904 BGB n.F. im zukünftigen Betreuungsgesetz, FamRZ 1991, S. 1014-1022.
- Schultze-Zeu, Ruth / Riehn, Hartmut*: Akutes Sturzrisiko in Pflegeheimen - Verfehlte Prozeßstrategie und Prozeßleitung, Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 14.07.2005 - III ZR 391/04 -, MedR 2005, S. 696-701.
- Schumacher, Christa*: Freiheitsentziehende Maßnahmen mit mechanischen Mitteln bei der Betreuung gebrechlicher Menschen, Recht und Praxis der Fixierung, Köln 1997.
- Schumacher, Ulrich*: Rechtsstaatliche Defizite im neuen Unterbringungsrecht, FamRZ 1991, S. 280-284.
- Schumacher, Ulrich*: Freiheitsberaubung und "Fürsorglicher Zwang" in Einrichtungen der stationären Altenhilfe, S. 431-448, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, hrsg. von Wilfried Küper / Jürgen Welp, Heidelberg 1993.
- Schünemann, H.*: Einwilligung und Aufklärung von psychisch Kranken, VersR 1981, S. 306-310.
- Schwab, Dieter*: Das neue Betreuungsrecht - Bericht über die verabschiedete Fassung des Betreuungsgesetzes (BtG), FamRZ 1990, S. 681-693.
- Schweitzer, Karl Heinz*: Heilbehandlung und Selbstbestimmung - Zur Frage der Zulässigkeit ambulanter Zwangsbehandlung psychisch Kranker, FamRZ 1996, S. 1317-1324.
- Seelmann, Kurt*: Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, Heidelberg, Hamburg 1978.
- Simson, Gerhard / Geerds, Friedrich*: Straftaten gegen die Person und Sittlichkeit in rechtsvergleichender Sicht, München 1969.
- Soergel, Theodor*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Kommentar, Band 20, 13.Auflage, 2000. (zit.: Soergel-BGB Kommentar - Bearbeiter)
- Steffen, Ulrich*: Rechtsfragen der Intensivmedizin, Arztrecht 1994, S. 179-184.
- Stolz, Konrad*: Medizin und Recht bei der Behandlung, Pflege und Betreuung demenzkranker Menschen, Referat vom 39. Kongress der Bezirksärztekammer Nordwürttemberg, 2004.

- Stolz, Konrad:* Betreuungsgesetz: Umsetzungsdefizite im Bereich Heilbehandlung und freiheitsentziehende Maßnahmen bei Heimbewohnern, FamRZ 1993, S. 642-645.
- Stoppe, Gabriela / Staedt, J.:* Psychopharmakotherapie von Verhaltensstörungen bei Demenzkranken, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 1999, S. 153-158.
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar:* Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Auflage, München 2004.
- Strätling, Meinolfus / Eisenbart, Bettina / Scharf, Volker Edwin:* Stellvertreterentscheidungen in Gesundheitsfragen unter epidemiologisch-demographischen Gesichtspunkten: Wie realistisch sind die Vorgaben des deutschen Betreuungsrechts?, MedR 2000, S. 251-256.
- Strätling, Meinolfus / Scharf, Volker Edwin / Wedel, Claudia / Oehmichen, Frank / Eisenbart, Bettina* Möglichkeiten zur Verminderung rechtlicher und ethischer Probleme bei der Behandlung nicht einwilligungsfähiger oder von Entscheidungsunfähigkeit bedrohter Patienten, MedR 2001, S. 385-395.
- Synofzik, M.:* PEG-Ernährung bei fortgeschrittener Demenz, Der Nervenarzt 2007, S. 418-428.
- Systematischer Kommentar:* Strafgesetzbuch, 7. Auflage, hrsg. von Hans-Joachim Rudolphi / Eckhard Horn / Erich Samson, Neuwied, Kriftel, Berlin 2003. (zit.:SK-Bearbeiter)
- Tag, Brigitte:* Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Berlin, New York 2001.
- Thiel, Sven-Markus:* Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien 1999.
- Thurner-Fromm, Barbara:* Im Pflegeheim wird zu oft gefesselt; Vielen verwirrten Menschen könne die Fixierung erspart werden, belegt ein Modellprojekt, in: Stuttgarter Zeitung vom 12.07.2006.
- Tiedemann, Klaus:* Verfassungsrecht und Strafrecht, Heidelberg 1991.
- Tittmann, Carl August:* Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere von dem Menschenraube und der Entführung, Meisen 1806.
- Unbekannt:* Alte Menschen sind nur noch Kosten-Faktoren!, in: Bild vom 12.09.2007.
- Unbekannt:* Die Pflege-Schande, in: Bild vom 31.08.2007.
- Unbekannt:* Pflege ist wunder Punkt, in: Weilburger Tageblatt vom 01.09.2007.
- Unbekannt:* Qualität gibt es nicht zum Nulltarif, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 25.03.2006.
- Unbekannt:* Eingesperrt und ruhiggestellt, Münchens alte Menschen in Pflegeheimen, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 11.09.1998.
- Unbekannt:* Schwere Vorwürfe gegen Altenheim, RA will Strafanzeige wegen Freiheitsberaubung erstatten, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 13.07.1998.
- Unbekannt:* Wegen vorbildlichen Rufs Klinkenputzen bei der Betreuungsstelle, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 10.02.1993.
- Unbekannt:* Todesfälle in Pflegeheimen beschäftigt die Münchener Justiz - alte Menschen qualvoll am Fixiergurt erstickt, in: ddp vom 06.02.2006.
- Walther, Guy:* Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1906 Absatz 4 BGB, BtPrax 2005, S. 214-218.
- Walther, Guy:* Ambulante Zwangsbehandlung und Fürsorglicher Zwang, BtPrax 2001, S. 96-101.

- Warda, Günter*: Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 143-170, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, hrsg. von Friedrich-Christian Schröder / Heinz Zipf, Karlsruhe 1972.
- Weber, Michael*: "Off-label use", Arzneimittel- und strafrechtliche Aspekte am Beispiel der Kinderheilkunde, Baden-Baden 2009.
- Welzel, Hans*: Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969.
- Wessels, Johannes / Beulke, Werner*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 40. Auflage, Heidelberg 2010.
- Wessels, Johannes / Hettinger, Michael*: Strafrecht Besonderer Teil/1, 31. Auflage, Heidelberg 2007.
- Wigge, Peter*: Arztrechtliche Fragen des Unterbringungsrechts, MedR 1996, S. 291-299.
- Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans-Ullrich*: Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Baden-Baden 2005.
- Wojnar, Jan*: Freiheitsentziehende Maßnahmen und Demenz, BtPrax 1995, S.12-16.
- Wojnar, Jan*: "Unterbringung und unterbringungsähnliche Maßnahmen"-Anspruch-Realität-Alternativen, Vortrag vom 7. Juni 1997 auf der 4.VfB-Fachtagung in Köln, 1997.
- Wolfslast, Gabriele*: Zwangsunterbringung - wann ist sie ein zulässiger Eingriff in das Schicksal des Patienten? - Kommentar II, MedR 1992, S. 41-45.
- Wolfslast, Gabriele*: Rechtliche Grenzen der Behandlung, Zur Zulässigkeit von Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug, Deutsche Krankenpflegezeitschrift 1989, S. 241-246.
- Wolfslast, Gabriele*: Ärztliche Pflichten zur Verhinderung des Suizids aus rechtlicher Sicht, R&P 1986, S. 127-131.
- Wolfslast, Gabriele*: Juristische Aspekte der Diagnose und Therapie psychischer Störungen, S.847-856, in: Psychiatrie, hrsg. von Volker Faust, Stuttgart, Jena, New York 1995.
- Wolfslast, Gabriele*: Juristische Methoden der Güterabwägung, S.73-90, in: Güterabwägung in der Medizin, hrsg. von H.-M. Sass / H. Viefhuess, Heidelberg 1991.
- Zinkler*: Letzte Haltestelle Pflegeheim, in: Hamburger Abendblatt vom 13.07.2007

Quellenverzeichnis

- Amtsrichterverband Baden-Württemberg*: § 1906 Absatz 4 BGB und das Merkblatt des Amtsgerichts Lörrach - Eine kritische Analyse gegen den "Mainstream", (<http://www.amtsrichterverband.com/LinksAktuelles/1906IV.htm> (Abruf v. 16.06.2008)), 2006.
- Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD)*, Die unmenschliche Dauerfixierung in Pflegeheimen, Report aus München, 18.09.2006, Sendezeit: 21:45.
- Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD)*, Todesfalle Pflegeheim - Warum alte Menschen ersticken, Report Mainz, 06.02.2006, Sendezeit: 21:45.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ)*: Erster Bericht des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend über die Situation der Heime und die Betreuung der Bewohnerinnen und Bewohner, Online Publikation (<http://www.bmfsfj.de/Publikationen/heimbericht/root.html> (Stand 16.07.2008)), 2006.
- Deutschlandradio Kultur*, Fixierung in Pflegeheimen, 10.04.2007, Sendezeit: 07:51, Download: <http://www.dradio.de/aod/html/?day=10&month=04&year=2007&page=9&> (Abruf vom 16.06.2008)

